Boletim do irib em revista

Nº 349

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil

Foz do Iguaçu - PR

Veja, também, nesta edição artigos referentes ao *VIII Seminário Luso-Brasileiro-Espanhol de Direito Registral Imobiliário*, realizado na cidade do Rio de Janeiro - RJ

Foto: Destino Iguaçu

Editorial //

Caros leitores,

O *Boletim do IRIB em Revista* chega à edição de número 349. Com grande satisfação, reunimos nas páginas que se seguem o substrato de dois importantes eventos: o *XL Encontro dos Oficiais do Registro de Imóveis do Brasil* (Foz do Iguaçu/PR) e o *VIII Seminário Luso-Brasileiro-Espanhol de Direito Registral Imobiliário* (Rio de Janeiro/RJ) – realizações de altíssima qualidade técnica, que levam a marca de qualidade do nosso querido Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB).

Além da cobertura jornalística dos eventos, inclusive com a opinião de seus participantes, a revista traz artigos assinados por conferencistas, sempre os maiores especialistas nos temas apresentados. A publicação impressa, com versão eletrônica disponível em nosso *site*, é uma forma que encontramos de propagar os conhecimentos ali compartilhados e de registrar o resultado dos debates ocorridos.

O *XL Encontro* teve alta relevância, pois foi dedicado à celebração dos 40 anos de edição da Lei de Registros Públicos, a Lei nº 6.015/1973. Alguns conferencistas fizeram uma análise histórica dos eventos ocorridos nas últimas quatro décadas, ressaltando a importância da Lei que conferiu autonomia aos Registros Públicos. Outros falaram dos desafios atuais e dos que ainda estão por vir. Passado, presente e futuro estiveram juntos o tempo todo, na condução dos debates.

A programação do *Encontro Nacional* também antecipou matérias inteiramente novas, como a possibilidade de dupla garantia fiduciária sobre um mesmo imóvel, bem como a proposta elaborada pelo IRIB para que se tenha um provimento nacional sobre a regularização fundiária. Também foram apresentadas modernas ferramentas tecnológicas e os esforços já envidados para a implantação do registro eletrônico de imóveis e para a automação do georreferenciamento.

O *VIII Seminário Luso-Brasileiro-Espanhol de Direito Registral Imobiliário*, que teve o Brasil como país anfitrião, veio coroar as realizações do IRIB em 2013. Pela primeira vez, o Seminário atraiu um expressivo número de participantes, representando quatro países e 15 estados brasileiros. Deixou de ser um encontro de especialistas das três nações para reunir registradores e tabeliães interessados no Direito comparado. Discutimos os efeitos da globalização, a problemática da aquisição de terras por estrangeiros, o Registro de Imóveis em cenários de crise e desenvolvimento econômico, a concentração da matrícula, entre outros temas.

A ideia de realizar um evento conjunto nasceu em 2006, por iniciativa do IRIB e do Centro de Estudos Notariais e Registrais da Faculdade de Direito de Coimbra (CENoR). Em 2011, o evento passou a contar com a participação oficial do Colégio de Registradores da Espanha, ganhando força e maior representatividade.

Termino minha breve mensagem para convidar todos para o *XLI Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*, que vai comemorar os 40 anos do nosso Instituto e será realizado no mês de setembro, na cidade de Porto Alegre/RS. Promoveremos, sem dúvida, um evento à altura do nosso IRIB, da sua importância histórica e institucional.

Boa leitura!

Ricardo Basto da Costa Coelho
Presidente do IRIB

ISSN 1677-437X

Boletim do IRIB em Revista
Edição 349
São Paulo
Maio/2014
Foto capa: Destino Iguaçu

Diretoria
Presidente: Ricardo Basto da Costa Coelho (PR) • Vice-presidente: João Pedro Lamana Paiva (RS) • Secretário-geral: José Augusto Alves Pinto (PR) • 1º Secretário: Ary José de Lima (SP) • Tesoureira-geral: Vanda Maria de Oliveira Penna Antunes da Cruz (SP) • 1º Tesoureiro: Sérgio Busso (SP) • Diretor Social e de Eventos: Jordan Fabrício Martins (SC) • Diretor de Tecnologia e Informática: Flauzilino Araújo dos Santos (SP) • Diretor de Assuntos Agrários: Eduardo Agostinho Arruda Augusto (SP) • Diretor do Meio Ambiente: Marcelo Augusto Santana de Melo (SP) • Diretor Legislativo: Luiz Egon Richter (RS) • Diretor de Assistência aos Associados: José Antonio Marcondes (RJ) • Diretor Especial de Implantação do Registro Eletrônico: João Carlos Kloster (PR).

Conselho Deliberativo
Presidente do Conselho Deliberativo: Julio César Weschenfelder (RS).
• Sérgio Toledo de Albuquerque (AL) • José Marcelo de Castro Lima (AM) • Vivaldo Afonso do Rego (BA) • Expedito William de Araújo Assunção (CE) • Luiz Gustavo Leão Ribeiro (DF) • Etelvina Abreu do Valle Ribeiro (ES) • Clenon de Barros Loyola Filho (GO) • Ari Álvares Pires Neto (MG) • Miguel Seba Neto (MS) • José de Arimatéia Barbosa (MT) • Fernando Meira Trigueiro (PB) • Valdecy José Gusmão da Silva Júnior (PE) • Renato Pospissil (PR) • Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ) • Carlos Alberto da Silva Dantas (RN) • Décio José de Lima Bueno (RO) • Hélio Egon Ziebarth (SC) • Estelita Nunes de Oliveira (SE) • Francisco ventura de Toledo (SP) • Marly Conceição Bolina Newton (TO).

Membros Natos do Conselho Deliberativo – ex-presidentes do IRIB: Jether Sottano (SP) • Ítalo Conti Júnior (PR) • Dimas Souto Pedrosa (PE) •Lincoln Bueno Alves (SP) • Sérgio Jacomino (SP) • Helvécio Duia Castello (ES) • Francisco José Rezende dos Santos (MG).

Coordenadoria Editorial: Marcelo Augusto Santana de Melo (SP).

Conselho Editorial: Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ) • Frederico Henrique Viegas de Lima (DF) • Luiz Egon Richter (RS) • Marcelo Guimarães Rodrigues (MG) • Maria do Carmo Rezende Campos Couto (SP) • Mário Pazutti Mezzari (RS) • Ridalvo Machado de Arruda (PB) • Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (PB).

Conselho Fiscal: Antônio Carlos Carvalhaes (SP) • Alex Canziani Silveira (PR) • Jorge Luis Moran (PR) • Rosa Maria Veloso de Castro (MG) •Rubens Pimentel Filho (ES).

Suplentes do Conselho Fiscal: Kenia Mara Felipetto Malta Valadares (ES) • Maria Aparecida Bianchin Pacheco (MT) • Paulo de Siqueira Campos (PE) • Roberto Dias de Andrade (MG) • Tiago Machado Burtet (RS).

Conselho de Ética: Gleci Palma Ribeiro Melo (SC) • Léa Emilia Braune Portugal (DF) • Nicolau Balbino Filho (MG).

Suplentes do Conselho de Ética: Ademar Fioranelli (SP) • Mário Pazutti Mezzari (RS) • Oly Érico da Costa Fachin (RS).

Comissão de Assuntos Internacionais: Francisco José Rezende dos Santos (MG) • João Pedro Lamana Paiva (RS) • Ricardo Basto da Costa Coelho (PR).

Comissão do Pensamento Registral Imobiliário: Ana Cristina Maia (MG) • Bruno José Berti Filho (SP) • Daniela Rosário Rodrigues (SP) • Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ) • Emanuel Costa Santos (SP) • Fábio Ribeiro dos Santos (SP) • Francisco Ventura de Toledo (SP) • Henrique Ferraz de Mello (SP) • Luciano Dias Bicalho Camargos (MG) • Luiz Egon Richter (RS) • Marcos de Carvalho Balbino (MG) • Naila de Rezende Khouri (SP) • Priscila Correa Dias Mendes (SP) • Roberto Lúcio Pereira (PE) • Jeverson Luiz Bottega (RS) • João Carlos Kloster (PR).

O *Boletim do IRIB em Revista* é uma publicação impressa do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB).

Presidente do IRIB
Ricardo Basto da Costa Coelho (presidente.irib@gmail.com)

Editora e jornalista responsável
Andréa Vieira – Mtb 4.188

Produção editorial
Juliana Affe

Fotos
Imagens do Rio de Janeiro/RJ gentilmente cedidas pela Prefeitura Municipal e pelo fotógrafo Cesar Duarte

Imagens de Foz do Iguaçu/PR gentilmente cedidas pela Prefeitura Municipal/Setur

Revisão ortográfica
Keila Mariana de A. O. Pacheco

Agradecimento
Professora Sara Esther González Fernández (Universidade de Buenos Aires)

Revisão Técnica
Sérgio Busso e João Pedro Lamana Paiva

Editoração eletrônica
AMR Design

Impressão
Athalaia Gráfica

Tiragem: 2.500 exemplares

Nota de responsabilidade
O IRIB não assume qualquer responsabilidade pelo teor do que é veiculado nesta revista. As opiniões veiculadas não expressam necessariamente a opinião da diretoria do IRIB e dos editores desta publicação.

Direitos de reprodução
As matérias aqui veiculadas somente podem ser reproduzidas mediante expressa autorização dos editores, com a indicação da fonte.

Sede: Av. Paulista, 2.073 12º andar Cjs. 1.201/1.202 – CEP 01311-300 – São Paulo/SP
Telefones/Fax: (11) 3289 3340 / 3289 3599 / 3289 3321

Representação em Brasília:
SRTVS Quadra 701 Cj. D, Bl. B, salas 514/515 – CEP 70340-907 – Brasília/DF
Telefone/Fax: (61) 3037 4311 / 3041 7311

Site: www.irib.org.br
E-mails: irib.brasilia@irib.org.br e irib@irib.org.br

IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Foto: Destino Iguaçu

Sumário //

Editorial 1

Abertura

IRIB comemora os 40 anos da edição da Lei nº 6.015/1973

Evento reuniu, em Foz do Iguaçu/PR, 330 participantes de 20 Estados e do Distrito Federal *8*

Palestras & Debates ***10***

Artigos

O Provimento CNJ nº 34 e a Legislação Federal do IRPF: os livros – Diário Auxiliar e Caixa – que coexistem

Antonio Herance Filho 26

Aspectos práticos na constituição de alienação fiduciária sobre propriedade superveniente

José Antônio Cetraro 32

A constituição de duas garantias fiduciárias sobre um mesmo imóvel simultaneamente

Francisco José Rezende dos Santos 35

Constituição de propriedade fiduciária sobre propriedade superveniente

Melhim Namem Chalhub 40

Regularização Imobiliária Nacional – Proposta de Provimento ao CNJ

João Pedro Lamana Paiva 44

Automação do georreferenciamento

Marcelo Cunha 53

A evolução e a modernização do Registro de Imóveis nos últimos 40 anos

Bianca Castellar de Faria 66

Regime Jurídico dos Emolumentos Notariais e de Registro em face da Constituição Federal e da Lei nº 10.169/2000

Naurican Ludovico Lacerda 72

Opinião

Avaliação dos participantes do Encontro 90

IRIB Responde ***94***

Sumário //

Abertura

Direito Registral Imobiliário é debatido por Brasil, Portugal e Espanha

IRIB foi o anfitrião do seminário, que reuniu especialistas dos três países, na cidade do Rio de Janeiro/RJ..... 104

Palestras & Debates ***106***

Artigos

Los documentos notariales extranjeros y su acceso al registro de la propiedad

Raquel Serrabassa Ferrer 108

O reconhecimento e a execução de testamentos estrangeiros no Brasil

Leonardo Monçores Vieira..... 111

O âmbito do registo predial – novos desafios

Madalena Teixeira..... 126

A eficácia do registo no âmbito de factos frequentes em tempo de recessão económica e em fase de crescimento económico

Mónica Jardim 131

O Registro de Imóveis e a realização judicial do crédito

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho 152

O reconhecimento e a eficácia dos testamentos no Direito Internacional Privado

Nuno Ascensão Silva 159

A importância do princípio da concentração ou do prédio funcional (“finca funcional”)

João Pedro Lamana Paiva 173

Foto: Setur Foz do Iguaçu

Foto: Destino Iguaçu

XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil

Foto: JRP Fotografias

Cerimônia de abertura do *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*, em Foz do Iguaçu

IRIB comemora os 40 anos da edição da Lei nº 6.015/1973

Evento reuniu, em Foz do Iguaçu/PR, 330 participantes de 20 Estados e do Distrito Federal. Foram discutidos temas como registro eletrônico, regularização fundiária, georreferenciamento, alienação fiduciária, registro de terras da União, entre outros.

Os 40 anos da edição da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/1973 – foram comemorados pelo IRIB por ocasião do *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. O evento reuniu em Foz do Iguaçu/PR, no mês de setembro, participantes de 20 Estados – Paraná, São Paulo, Santa Catarina, Minas Gerais, Mato Grosso, Ceará, Bahia, Rio Grande do Sul, Espírito Santo, Goiás, Pará, Rio de Janeiro, Sergipe, Rio Grande do Norte, Mato Grosso do Sul, Amazonas, Rondônia, Paraíba e Acre – e do Distrito Federal.

Na abertura do *XL Encontro*, o presidente do IRIB, Ricardo Basto da Costa Coelho, falou da alegria em realizar o quadragésimo Encontro Nacional em seu estado de origem. Ressaltou, também, a importância da Lei de Registros Públicos: "este diploma legal, de importância ímpar, concedeu autonomia ao Registro de Imóveis, até então um mero apêndice do Código Civil", destacou. Segundo Ricardo Coelho, a lei reestruturou os registros públicos, reunindo todos os princípios norteadores do Registro de Imóveis. "A grande inovação sem dúvida veio com a instituição da matrícula para cada imóvel, que modificou radicalmente a sistemática tradicional do registro brasileiro, aproximando-o do sistema cadastral germânico, considerado o mais perfeito por todos os especialistas na matéria".

Ao dar boas-vindas aos congressistas, o anfitrião do evento, Renato Pospissil, vice-presidente do IRIB para o Estado do Paraná, também ressaltou o fato de recepcionar os associados do IRIB e os demais participantes do evento, em Foz do Iguaçu. Pela terceira vez, a cidade recebeu um evento nacional realizado pelo Instituto; as edições anteriores foram em 1987 (*XVI Encontro*) e em 2001 (*XXVIII Encontro*).

Em seu pronunciamento, o presidente da Anoreg/BR, Rogério Portugal Bacellar, agradeceu a oportunidade de participar do evento comemorativo dos 40 anos da Lei de Registros Públicos. "A Lei nº 6.015, bem como o trabalho realizado durante a Constituinte, são conquistas resultantes da integração da nossa classe. Quando nós nos unimos e trabalhamos integrados, conseguimos grandes avanços. A Anoreg/BR, o IRIB e os demais Institutos têm atuado de forma conjunta. É disso que precisamos em nossa classe. A integração é a única solução para os desafios e os problemas que enfrentamos", afirmou.

Representando o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o desembargador Jurandyr Souza Júnior destacou a importância da parceria entre as Corregedorias-Gerais da Justiça e a classe notarial e registral. "Não existe um poder fiscalizatório, que tenha como visão a melhoria dos serviços ao consumidor, sem que na sua atuação no serviço correcional não ocorra uma parceria com os oficiais de Registro Imobiliário e os tabeliães", disse. Segundo ele, quem fiscaliza os cartórios no Brasil e aprimora os seus serviços não são as Corregedorias de Justiça; estas realizam apenas uma fiscalização estatal derivada de lei. "Quem pode fiscalizar cada um de vocês é a própria classe, unida por meio de entidades como o IRIB, que é um Instituto exemplo para o Brasil jurídico", completou.

Também participaram da mesa solene de abertura o vice-presidente do Instituto, João Pedro Lamana Paiva; o presidente do Conselho Deliberativo do IRIB, Júlio César Weschenfelder; o vice-presidente do IRIB para o Estado do Paraná, Renato Pospissil; a presidente do Sinoreg/PR, Teresinha Ribeiro de Carvalho; o presidente da Anoreg/SC, Otávio Guilherme Margarida; o presidente da Arisp e diretor de Tecnologia e Informática do IRIB, Flauzilino Araújo dos Santos; o juiz-corregedor do Estado do Espírito Santo, Aldary Nunes Júnior; a representante do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, desembargadora Salete Silva Sommariva. A cerimônia foi conduzida pelo diretor Social e de Eventos, Jordan Fabrício Martins.

O evento foi realizado com o apoio da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg/BR) e da Associação dos Notários e Registradores do Paraná (Anoreg/PR).

Foto: JRP Fotografias

Mesa solene do 40º Encontro Nacional promovido pelo IRIB

Foto: JRP Fotografias

Aldary Nunes Junior defendeu a necessidade de interlocução entre o Judiciário e os serviços extrajudiciais

A missão das Corregedorias-Gerais da Justiça no aprimoramento das atividades do extrajudicial

O tema "Comissão do extrajudicial do Encoge: a missão institucional das Corregedorias-Gerais da Justiça no aprimoramento das atividades do extrajudicial" foi apresentado pelo magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Aldary Nunes Junior, então membro da comissão de estudos e aperfeiçoamento dos serviços extrajudiciais do Colégio Permanente dos Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil (CCOGE).

O conferencista defendeu a existência de interlocução constante entre as Corregedorias-Gerais da Justiça e as entidades de classe extrajudiciais. "Não há soluções fáceis para problemas complexos. Temos que dialogar, precisamos buscar medidas comuns ao fiscal e ao fiscalizado, porque ninguém é bom sozinho. É preciso que tenhamos uma visão do todo. O Judiciário deve treinar melhor os seus juízos, e os delegatários dos serviços extrajudiciais são os nossos melhores professores. Quanto mais nos aproximamos dos registradores e dos notários, mais aprimoraremos o nosso trabalho. Não somos adversários; não temos interesses divergentes. Ao contrário, trabalhamos em prol dos interesses dos nossos cidadãos", afirmou Aldary Nunes Junior.

Na opinião do magistrado, essa interlocução deve ocorrer por meio dos órgãos que representam a classe notarial e registral. "Vejo o IRIB e as demais entidades representativas da classe como instituições que promovem o fortalecimento da atividade notarial e de registro. A Comissão do Extrajudicial do CCOCE quer, de forma institucional, se aproximar de todas elas para que nós façamos um diálogo produtivo, um diálogo que enobreça tanto o extrajudicial quanto o Judiciário", salientou.

A interlocução deve envolver, também, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com consequências positivas para o aperfeiçoamento e a qualificação dos delegatários, bem como dos magistrados estaduais, que têm a incumbência constitucional de fiscalizar a prestação dos serviços extrajudiciais.

Flauzilino Araújo dos Santos lembrou que os cartórios brasileiros estão prontos para operar de forma eletrônica e integrada

Implantação do registro eletrônico de imóveis

"O sistema de Registro de Imóveis brasileiro está pronto para operar de forma eletrônica. Temos tecnologia, recursos e suporte legal para que isso ocorra". A declaração foi feita pelo diretor de Tecnologia do IRIB e presidente da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo, Flauzilino Araújo dos Santos, durante o *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Segundo ele, a Lei nº 11.977/2009, em seu art. 37, deixa claro que são os próprios serviços de registros públicos que deverão instituir o sistema de registro eletrônico.

Flauzilino Araújo abordou o tema "Implantação do registro eletrônico de imóveis" e, na oportunidade, destacou que o funcionamento da Central Registradores de Imóveis (www.registradores.org.br), desenvolvida pela Arisp em cooperação com o IRIB, está em operação desde maio de 2013. Segundo o palestrante, a Central vem atender ao que dispõe a Lei nº 11.977/2009, representando a unificação e o estabelecimento de novos serviços dentro da perspectiva do registro eletrônico. "Integramos em uma única plataforma dados, imagens e *softwares* de forma a permitir a consulta simultânea, unificada e controlada aos conteúdos dos acervos dos Registros de Imóveis", explicou, lembrando que a Central tem capacidade de operar nacionalmente.

O conferencista foi enfático ao falar da urgência de que a totalidade dos cartórios brasileiros opere de forma integrada e eletronicamente. O prazo limite para que isso aconteça é julho de 2014. "Se não implantarmos o registro eletrônico, nossa única alternativa será exercer outra atividade profissional. Implantamos o registro eletrônico, ou o Sistema Registral Imobiliário brasileiro deverá ser substituído por um outro mais eficaz", sentenciou.

Segundo Flauzilino Araújo, o ideal seria que a implantação do registro eletrônico não dependesse de exigência legal. "Nossa atividade deveria ter maturidade suficiente para estabelecer a autorregulamentação do serviço eletrônico de imóveis. Assim, não seria necessário irmos às corregedorias estaduais ou ao Conselho Nacional de Justiça em busca de um provimento ou resolução. A iniciativa deve ser nossa", disse.

Em sua opinião, a implementação do registro eletrônico é imprescindível para o desenvolvimento nacional, constituindo-se fator estratégico para a competitividade do país no mercado internacional, com reflexos no risco-Brasil e no custo-Brasil. "Sem o bom funcionamento do Registro de Imóveis, o mercado não pode se desenvolver adequadamente. Ao proporcionar a segurança jurídica, o Registro Imobiliário contribui para a expansão do mercado, e a transparência decorrente da publicidade registral traz a garantia necessária para que as transações sejam mais confiáveis e eficientes".

O presidente da Arisp defendeu, ainda, um sistema de registro eletrônico que opere com o compartilhamento de dados, não importando onde a informação está armazenada. A Central Registradores de Imóveis opera reunindo em plataforma única informações dos imóveis dos cartórios do Estado de São Paulo. No entanto, cada titular continua sendo responsável pela guarda das informações de sua serventia. "Os serviços devem ser prestados por meio de plataforma única na internet, pois o Registro de Imóveis é único em todo o país. O usuário não pode ser obrigado a ingressar em vários sites para acessar o mesmo serviço público".

Foto: JRP Fotografias

Painel reuniu quatro especialistas na matéria: José Cetraro, Francisco Rezende, Melhim Chalhub e Leonardo Groba Mendes

Constituição de duas garantias fiduciárias sobre um mesmo imóvel simultaneamente

Quatro especialistas debateram durante o *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil* uma nova e complexa questão: um imóvel já alienado fiduciariamente pode ser objeto de uma nova garantia, simultaneamente? O IRIB convidou para discutir o tema o registrador de imóveis em Belo Horizonte/MG e membro nato do Conselho Deliberativo do IRIB, Francisco José Rezende dos Santos; o advogado e especialista em Direito Privado, Melhim Namem Chalhub; o consultor jurídico da Abecip, José Antônio Cetraro; e o gerente nacional de Atendimento Jurídico da Caixa Econômica Federal, Leonardo Groba Mendes.

Para Francisco Rezende, o tema é atual e de extremo interesse para o Direito, pois possibilita um alargamento da concessão do crédito com garantia real sobre a mesma propriedade imobiliária. "À unanimidade, é impossível dupla garantia sobre o mesmo imóvel nos mesmos moldes do que ocorre com a hipoteca, em graus subsequentes. No entanto, existem entendimentos em diversos sentidos. Alguns doutrinadores veem a possibilidade de se estabelecer o fracionamento do direito de propriedade, alienando apenas cotas-partes ou frações ideais em diversas contratações, nesse caso, não havendo a constituição de garantias concomitantes", diz, citando uma das diferentes correntes de pensamento.

Em sua explanação, Rezende apresentou as especificidades do instrumento da alienação fiduciária, expondo diversos posicionamentos sobre o tema a partir de estudos elaborados por especialistas, como o próprio Melhim Chalhub – que participou do painel –, Nelson Rosenvald, Ademar Fioranelli, Afranio Carlos Camargo Dantzger, João Baptista Gualhardo e Maria do Carmo de Rezende Campos Couto. Destacou, também, orientações veiculadas em consultas feitas ao IRIB pelos seus associados.

O advogado Melhim Chalhub abordou as alternativas acerca da questão, lembrando que existe ainda a possibilidade da caução do direito real de aquisição do fiduciante. "Tendo o devedor fiduciante contratado a alienação fiduciária, demitiu-se da propriedade e, portanto, não pode constituir qualquer garantia sobre o mesmo imóvel. Pode, entretanto, constituir caução de direito aquisitivo do imóvel ou alienar fiduciariamente a propriedade superveniente, que vier a adquirir quando cancelada a garantia fiduciária", explica.

O representante de Abecip, José Antônio Cetraro, focou sua argumentação nos aspectos práticos na constituição de alienação fiduciária sobre propriedade superveniente, destacando a questão operacional do sistema financeiro e a necessidade de mecanismos de proteção ao credor. Já Leonardo Groba Mendes, representante da Caixa Econômica Federal, também trouxe questões práticas e abordou as cinco formas de se utilizar a alienação fiduciária: o fracionamento da propriedade, a propriedade superveniente, a caução, o aditamento do contrato e o limite global.

Leia artigo nas páginas 32, 35 e 40

Emanuel Costa Santos destacou que o Sistema Registral Brasileiro é paradigma para outras nações

Os 170 anos de história do Registro Imobiliário brasileiro e sua íntima ligação com os direitos fundamentais

Ao longo de 170 anos, o Sistema de Registro Imobiliário brasileiro sempre teve um papel preponderante para a garantia dos direitos fundamentais. A reflexão foi proposta pelo então diretor de Assuntos Estratégicos do IRIB e registrador de imóveis em Araraquara/SP, Emanuel Costa Santos, durante o *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*.

Segundo o palestrante, utilizando como marco a Lei Orçamentária nº 317/1843, que introduziu o chamado registro hipotecário, pode-se dizer que o Sistema Registral Imobiliário brasileiro se estruturou ao longo dos últimos 170 anos, o que justifica seu debate e estudo, também sob o prisma histórico. "Não poderia este evento se dedicar a comemorar a Lei de Registros Públicos, cuja publicação completa 40 anos, e olvidar da história do sistema que referida lei se encarrega de dar exequibilidade", afirmou Emanuel Santos.

A exposição demonstrou que o Registro de Imóveis brasileiro, desde suas origens, se constitui em verdadeiro eco de diversos direitos fundamentais e se transforma nos dias atuais em paradigma para outras nações. Para Emanuel Santos, não se trata apenas do direito à propriedade, e sim das garantias mais essenciais, como o direito à moradia, o direito à vida digna. "Além de cuidar de direitos fundamentais, passa ele próprio – o sistema – a ser fundamental", sintetiza.

Em sua opinião, essa íntima ligação torna a atividade registral imobiliária um serviço indispensável para a sociedade e para o Estado, justificada sua existência. "Não discutir a fundamentalidade do sistema registral é fazer com que caminhemos para alterações legislativas inconstitucionais, decorrentes da nossa inércia. Devemos incorporar a consciência da essencialidade dos nossos serviços", recomenda.

O palestrante também fez um paralelo entre a fundamentalidade e a funcionalidade do sistema registral. "A funcionalidade é distinta da fundamentalidade; enquanto aquela revela a razão de ser do sistema, esta determina o grau de relevância e (in)dispensabilidade que possui. Quanto mais vocacionado a ser mero depósito de documentos, mais dispensável o sistema, visto que dele não se espera segura repercussão jurídica, eficaz garantia econômica ou relevância social. Contudo, à medida que referido sistema é voltado a dar concretude a direitos fundamentais, o que faz por exercício de suas funções, sua presença passa a ter relevância crescente."

Emanuel Costa Santos antecipou em sua palestra trechos de sua obra, *Registro imobiliário brasileiro*: funções histórias e atuais na concretização de direitos fundamentais (título provisório), a ser lançada.

Foto: Carlos Petelinkar

João Pedro Lamana Paiva detalhou projeto elaborado pelo IRIB, entregue ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Regularização imobiliária: proposta para regulamento da questão em nível nacional

O titular do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre/RS e vice-presidente do IRIB, João Pedro Lamana Paiva, detalhou em sua participação no *XL Encontro* a proposta do IRIB para edição de provimento nacional de regularização imobiliária, em análise pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O objetivo do IRIB, segundo o seu vice-presidente, é dar unidade procedimental aos institutos e práticas de regularização fundiária em todo o país. "A intenção da proposta é proporcionar a adoção de mecanismos para fazer frente a situações para as quais não são oferecidas soluções na Lei nº 11.977/2009, como é o caso de propriedades rurais", explica Lamana Paiva.

O projeto entregue à Corregedoria Nacional de Justiça tem como fundamento a experiência dos projetos *More Legal* e *Gleba Legal*, do Rio Grande do Sul. Lamana Paiva lembrou que, em nível estadual, há ainda projetos e normativos que disciplinam a realização de regularização fundiária, tais como: Lar Legal, do Estado de Santa Catarina; Provimento nº 33/2012, da CGJ/ES; novo Código de Normas da CGJ/MG; e o Provimento nº 37/2013, do Estado do Mato Grosso.

Autor do título nº 5 da *Coleção Cadernos* IRIB, sobre a regularização imobiliária, o vice-presidente do IRIB apontou outras vantagens da proposta elaborada pelo Instituto: combate à propriedade informal; possibilidade de se regularizar qualquer imóvel, ainda que rural, ou em condomínio sobre área determinada; a regularização da totalidade da área, ou a subdivisão de apenas uma quadra ou mais; atualização do cadastro das municipalidades, para fins tributários; incremento da economia, pela inserção de novos negócios no mundo jurídico formal.

Após a explanação, ocorreu um debate que contou com a presença do presidente do Conselho Deliberativo do IRIB e presidente do Colégio Registral do Rio Grande do Sul (CRRS), Julio Weschenfelder; de Mário Pazutti Mezzari, registrador imobiliário em Pelotas/RS; Décio Antonio Erpen, desembargador aposentado do TJ/RS; Luiz Egon Richter, diretor legislativo do IRIB; Fábio Ribeiro do Santos, presidente da Comissão do Pensamento Registral Imobiliário (CPRI/IRIB); Almudena del río Galán, diretora de Relações Internacionais do Colégio de Registradores da Espanha.

Leia artigo na página 44

Foto: JRP Fotografias

O professor da UnB e membro do Conselho Editorial do IRIB, Frederico Henrique Viegas de Lima

A necessidade de abertura tipológica dos atos registrários 40 anos depois

"As modalidades de atos de registro e de averbações devem acompanhar as mutações ocorridas dia a dia no Direito Civil e, também, em outros ramos do Direito. Dessa forma, a lista de atos prevista na Lei nº 6.015/1973 deve estar sempre ajustada às inovações jurídicas". Esse é o entendimento do professor titular de Direito Privado da Universidade de Brasília (UnB) e membro do Conselho Editorial do IRIB, Frederico Viegas de Lima, palestrante do Encontro Nacional.

Viegas de Lima sustentou que o rol de atos registrais da Lei nº 6.015/1973 constitui uma relação aberta e exemplificativa, embora exista uma considerável resistência na entrada de novas categorias nesse universo jurídico. "Contudo, não podemos fechar os olhos aos novos tipos de direitos reais, de situações jurídico-reais e, até mesmo, à promoção de ajustes e de explanações que visam a clarificar, a estabelecer situações inerentes à propriedade e ao seu titular, que devem ser publicizados", afirmou.

De acordo com o palestrante, o Registro Imobiliário necessita se reinventar em função de fatores como o atendimento aos reclamos sociais da atualidade, a redução de custos de transação e de informação e a segurança jurídica. Ressaltou, ainda, que as necessidades do mundo atual, a complexidade das relações jurídicas e a velocidade informativa, são preponderantes para que seja admitido o ingresso no álbum imobiliário de situações jurídicas que extrapolam a relação existente no art. 167 da Lei de Registros Públicos.

O professor da UnB lembrou que a noção de direitos patrimoniais não pode ser reduzida aos conceitos definidos pela ordem jurídica. "São, bem mais, condições de existência de direitos e obrigações", disse. Na sua visão, a mobilidade inerente à propriedade constitui um elemento central do sistema econômico, fundado no mercado e na concorrência, traduzindo-se em um motor para o desenvolvimento econômico. "A economia repousa, principalmente, na iniciativa das partes privadas e na autonomia dos particulares", salientou.

Em sua opinião, nos dias atuais, existe uma série de relações jurídicas entre pessoa e uma coisa que são, aparentemente, contrárias a uma tipologia. "São um bom número de direitos criados ou modificados essencialmente para responder às necessidades da vida prática, sem, necessariamente, atender às exigências da lei. Estas novas modalidades devem ser conformadas tendo por base não um processo legislativo normal, mas, a partir de uma redefinição dos tipos existentes".

Para Viegas de Lima, a matrícula, como repositório integral de todas as transformações dos imóveis e de seus titulares, deve ser um espelho fiel das circunstâncias e dos fatos – jurídicos e naturais – inerentes a estes mesmos imóveis e àquelas pessoas que possuem vínculo jurídico com eles. "A experiência do Brasil e de outros países demonstra que a superação ou abertura sistêmica de uma relação fechada e de tipos de direitos, permitindo que estes possam ter ingresso no álbum imobiliário, com a devida dose da prudência registral, é elemento importante para que se tenha o cumprimento do princípio constitucional da segurança jurídica", concluiu.

Foto: JRP Fotografias

Antônio Herance Filho, especialista em Direito Tributário e diretor do grupo Serac

Como fica a escrituração do livro *Diário Auxiliar*, após a edição do Provimento CNJ nº 34

O Provimento nº 34/2013, do Conselho Nacional de Justiça, de 9 de junho de 2013, que disciplina a manutenção e a escrituração de *Livro Diário Auxiliar* pelos titulares de delegações e pelos responsáveis interinamente por delegações vagas do serviço extrajudicial de notas e de registro, foi a tônica da palestra do especialista em Direito Tributário e diretor do Grupo Serac, Antônio Herance Filho, que também analisou a matéria com relação à legislação federal do Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF).

De acordo com o palestrante, os registradores imobiliários são sujeitos passivos do IRPF e oferecem seus rendimentos líquidos mensais à tributação do Carnê-Leão. Para a apuração do imposto, devem escriturar receitas e despesas em *Livro Caixa*, com rigorosa observância da legislação tributária federal. Com a edição do Provimento nº 34, a Corregedoria Nacional de Justiça instituiu o dever de escrituração de outro livro, o *Livro de Registro Diário Auxiliar* da Receita e da Despesa.

Durante a palestra, Antonio Herance detalhou as recentes determinações legais, sendo incisivo sobre a necessidade de que se mantenham os livros *Caixa* e *Auxiliar*, como forma de garantir o efetivo cumprimento legal, evitando problemas com as corregedorias. "É importante perceber que tais livros cumprem objetivos bem diferentes, por isso, eles não se confundem", orientou. Entre outros temas abordados na palestra estavam regras de escrituração, receitas e despesas, excedente do teto remuneratório do designado e critério de dedutibilidade das despesas.

Herance também salientou a distinção entre o *Diário Auxiliar* e o *Livro de Controle de Depósito Prévio*, também constante do Provimento nº 34. "O primeiro foi criado para a escrituração das receitas (emolumentos) e das despesas a fim de que seus resultados pudessem espelhar a real situação financeira da serventia. O segundo será utilizado para a escrituração de valores que ainda não tenham adquirido o status de emolumentos, porque foram depositados pelo interessado para prática futura de ato notarial e de registro", explicou.

Quanto à escrituração das receitas no *Diário Auxiliar*, ele ressaltou a necessidade de se escriturar os eventos na data da prática do ato, "independentemente do recebimento dos emolumentos, sendo que o histórico das receitas deve ser objetivo, mas suficiente para localizar de forma inequívoca e pontual o ato que deu ensejo à cobrança dos emolumentos, fazendo-se menção, inclusive, à norma específica da tabela estadual que a autorizou". Antônio Herance Filho também orientou os congressistas a observarem sempre a disciplina do Estado onde está instalada a serventia.

Leia artigo na página 26

Palestra contou com a participação de convidados brasileiros e espanhóis

Um panorama dos serviços notariais e registrais no século XXI

Profundo conhecedor das atividades notariais e registrais, o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décio Antônio Erpen, abordou o tema "Divagações Registrais no século XXI: antecedentes e realidades", traçando um panorama da evolução da legislação notarial e das atividades dos registradores de imóveis.

Em sua apresentação, Décio Erpen comparou o Sistema de Registro Imobiliário brasileiro com o de outros países. Ele citou o caso de Cuba, onde a Constituição Federal veda a comercialização de lotes e bens imóveis, considerados patrimônio público. Segundo o desembargador, o Brasil, por sua vez, mostra maturidade, pois o Registro de Imóveis é sinônimo de segurança jurídica para a sociedade, o que equivale a dizer que se trata de uma condição fundamental para a paz.

Além de ser imprescindível para a segurança jurídica, os serviços registrais e notariais são confiáveis. "Tenham a certeza de que os senhores têm a confiabilidade do povo brasileiro. Eu gostaria que se colocasse a opção cartório no rol das pesquisas que atestam a confiança das pessoas nas organizações. Eu tenho a convicção de que os senhores estariam bem acima de muitas instituições", disse.

Membro-fundador do Comitê Latino-Americano de Consulta Registral, em 1986, Décio Erpen teve sempre grande proximidade com as atividades notarial e registral. Ele destacou a experiência do projeto *More Legal*, desenvolvido no Rio Grande Sul e por ele idealizado, em 1995, na qualidade de corregedor-geral de Justiça, na época. Segundo Erpen, o projeto partiu de um grave problema social: 40% dos imóveis localizados na periferia de Porto Alegre estavam em situação irregular. O Rio Grande do Sul foi o primeiro estado da Federação a implementar um modelo de regularização de áreas urbanas e rurais.

O desembargador aposentado do TJ/RS, Décio Erpen

Foto: JRP Fotografias

Marcelo Cunha, analista em reforma e desenvolvimento agrário do Incra, apresentou o novo cenário de certificação das áreas rurais do país

Parceria entre Registro de Imóveis e Incra contribui para avanços na automação do georreferenciamento

Os resultados do diálogo com os registradores imobiliários puderam ser constatados na palestra do analista em Reforma e Desenvolvimento Agrário do Instituto de Colonização e Reforma Agrária (Incra), Marcelo Cunha. Ele descreveu a evolução do trabalho iniciado em 2009, envolvendo técnicos da autarquia, o IRIB, registradores de imóveis e produtores rurais até a conclusão do novo cenário de certificação das áreas rurais do país. A apresentação contou com a participação do diretor de Assuntos Agrários do IRIB e registrador imobiliário em Conchas/SP, Eduardo Augusto.

Marcelo Cunha destacou, sobretudo, a importância do trabalho em conjunto realizado pelo Incra e os registradores de imóveis visando à modernização do sistema de georreferenciamento . Ele avaliou que, até chegar ao cenário atual, todos os envolvidos no processo enfrentaram percalços para criar uma metodologia e uma ferramenta eficientes. "As críticas e os problemas que tínhamos e que não nos levavam à agilidade e à proficiência necessária fazem, agora, parte de um passado. Amadurecemos muito até chegarmos ao atual modelo de certificação de imóveis", disse referindo-se ao Sistema de Gestão Fundiária (Sigef), que possui um módulo destinado às informações do Registro de Imóveis, acessado pelos oficiais e seus prepostos, por meio de certificação digital.

"Eu sempre digo que começamos com uma pedra bruta e chegamos a um diamante puro. A equipe amadureceu imensamente quanto ao uso de alta tecnologia e da metodologia adequada aos padrões continentais do Brasil", comentou. De acordo com dados do Incra, a estrutura fundiária brasileira atual indica que 92% dos imóveis rurais pertencem a pequenos proprietários, ocupando 28% do total da área agricultável. Enquanto isso, as grandes propriedades representam 1% do total, ocupando 35% do território.

"A certificação, por si só, é simplesmente uma representação gráfica da malha fundiária brasileira, que passa a ter valor público quando o memorial certificado é levado a registro. Aí, sim, nós cumprimos com todas as etapas da certificação", afirmou o representante do Incra, palestrante assíduo dos Encontros IRIB. Segundo ele, o georreferenciamento e a certificação tornaram-se agregadores do sistema, delimitando claramente a ocupação espacial do imóvel rural, um cadastro socioeconômico, que congrega informações detalhadas.

Quanto ao arcabouço jurído, o representante do Incra ressaltou que a Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001, significou um marco na definição da malha fundiária do país.

Leia artigo na página 53

Foto: JRP Fotografias

Eduardo Augusto, diretor de Assuntos Agrários do IRIB e registrador de imóveis em Conchas/SP

O papel do registrador imobiliário no novo processo de georreferenciamento

O diretor de Assuntos Agrários do IRIB, Eduardo Augusto, participou da programação oficial do *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*, ressaltando o papel do registrador no processo do georreferenciamento. Eduardo Augusto tem atuado, ao longo dos últimos anos, como representante do IRIB em projetos do Instituto de Colonização e Reforma Agrária (Incra), inclusive no desenvolvimento do Sistema de Gestão Fundiária (Sigef), ferramenta que automatizou a certificação de imóveis rurais.

O IRIB, juntamente com a equipe técnica do Incra, iniciou, ainda em 2009, as primeiras discussões sobre a necessidade de aprimorar o cenário de certificação das áreas rurais do país. Muitos dos dispositivos presentes em recentes Instruções Normativas da autarquia refletem a troca de informações entre as instituições e as sugestões feitas diretamente pelo IRIB.

Registrador no Município de Conchas/SP, Eduardo Augusto enfatizou o papel do registrador de imóveis a partir das exigências surgidas com a automação da certificação de imóveis rurais e o georreferenciamento. Segundo ele, compete ao oficial analisar a matrícula de lotes rurais, bem como avaliar a veracidade de todos os dados e informações do documento.

O diretor do IRIB detalhou, ainda, os princípios da delimitação espacial da propriedade, que dependem de dados geodésicos, ou seja, de informações constantes em *GPS*, *Google Earth* ou *softwares* específicos, que apresentam a localização exata da propriedade. "É atribuição do registrador imobiliário definir e assegurar a delimitação espacial do direito de propriedade, com base nos títulos registrados, nas provas que lhe são apresentadas e, se necessário, até mediante vistorias *in loco*", disse.

Segundo ele, é necessário fazer uso das tecnologias para localizar imóveis rurais e, inclusive, urbanos, sendo que, nesse caso, não será necessária a certificação do Incra. O objetivo é mapear digitalmente o território de responsabilidade do registrador, melhorando a qualidade do registro. "Não há mais motivo para postergar a remodelação do indicador real para dele constar a localização geodésica do imóvel. Isso tornará o indicador real não apenas um índice de imóveis, mas um verdadeiro e eficaz controle de especialidade objetiva e de disponibilidade quantitativa do direito real de propriedade", concluiu Eduardo Augusto.

Em abril deste ano, Eduardo Augusto foi nomeado, em portaria do Incra, para integrar, como membro titular, o Grupo de Trabalho Interministerial para Qualificação da Governança Fundiária no Brasil, que reúne representantes de 21 órgãos. Também participa, como suplente, o vice-presidente do IRIB para o Estado de Mato Grosso, José de Arimateia Barbosa. O objetivo do grupo é promover reuniões setoriais, que resultem em propostas de intervenções administrativas nos órgãos, além de alterações legislativas que aprimorem a governança fundiária.

Bianca Castellar de Faria, registradora de imóveis em Joinville/SC

Principais fatos que marcaram a evolução do Registro de Imóveis nos últimos 40 anos

Inspirada no aniversário da edição da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), a titular do 1º Ofício do Registro de Imóveis em Joinville/SC e especialista em Direito Notarial e Registral, Bianca Castellar de Faria, mostrou um quadro evolutivo do Registro de Imóveis em quatro décadas.

Bianca Castellar iniciou a sua conferência apresentando uma linha do tempo – de 1916 a 2013 –, apontando os anos que marcaram a história do Registro de Imóveis. Na década de 1970, a registradora de imóveis destacou a vigência do Código Civil, a Lei nº 6.015/1973, o surgimento do IRIB (1974), a inauguração do fólio real (1976), a Emenda Constitucional nº 7 – estatização dos cartórios (1977) –, a nova Lei do Parcelamento do Solo Urbano (6.766/1979), entre outros acontecimentos importantes.

A reprivatização dos cartórios e a Lei nº 7.433/1985 foram alguns dos principais fatos ocorridos nos anos 1980. Na década de 1990, Bianca Castellar lembrou a publicação das Leis nº 8.935/1994 e nº 9.514/1997. Finalmente, recordou, entre outros, acontecimentos do século XXI, tais como o Ofício Eletrônico (2005), as Leis nº 11.441/2009 e a nº 12.424/2011 e o lançamento da Central Registradores de Imóveis – ferramenta desenvolvida para disponibilizar o sistema de registro eletrônico de imóveis por meio de plataforma única, desenvolvida pela Arisp em cooperação com o IRIB.

"De fato, houve evolução no Registro de Imóveis nos últimos 40 anos. Não adianta, entretanto, tecnologia e modernização se não mudarmos a cultura. Não basta termos conhecimento jurídico, é preciso investir em gestão. O usuário não quer mais 30 dias de prazo para a prestação de um serviço. Em 1973, sim, porque não tínhamos computadores, celulares. Mas, hoje, é inaceitável", enfatizou Bianca Castellar.

Para a conferencista, os registradores de imóveis devem investir, na capacitação dos colaboradores. "À medida que investimos em nossa equipe, oferecemos segurança para o público. Também devemos adotar ferramentas que facilitem a vida do usuário", recomentou. Em sua opinião, é igualmente importante a prestação de serviços de qualidade. "Em 2013, obtivemos a certificação da ISO 9001, que foi um desafio muito grande para toda a nossa equipe, pois todos os processos internos do cartório são auditados. Mais do que um desafio, foi um obstáculo transposto, sendo hoje motivo de orgulho para toda a equipe".

O reconhecimento também veio por meio do Prêmio de Qualidade Total Anoreg/BR, recebido nos anos de 2011, 2012 e 2013. "O PQTA exige o cumprimento de vários requisitos, tais como a responsabilidade ambiental e a social, a gestão da equipe, dos usuários e dos processos.

Leia artigo na página 66

Naurican Ludovico Lacerda, registrador de imóveis de São José/SC

Caracterização jurídica dos emolumentos: análise frente à Constituição Federal e à Lei nº 10.169/2000

"O Brasil tem um sistema registral eficiente, seguro e superior ao de países desenvolvidos, como os Estados Unidos. No entanto, há um desconhecimento geral sobre os serviços notariais e registrais e sobre os seus custos." A afirmação foi feita pelo registrador de imóveis de São José/SC, Naurican Ludovico Lacerda, durante o *Encontro Nacional* do IRIB.

Além de demonstrar a natureza jurídica dos custos cartoriais, Naurican Lacerda afirmou que muitos operadores jurídicos consideram os emolumentos como salário. "Eles desconhecem os riscos das atividades notarial e de registro e que todas as despesas são de responsabilidade do titular", comentou. O registrador também observou que o custo dos serviços públicos de registro reflete no funcionamento dos cartórios, incluindo a responsabilidade sobre o sistema de arquivamento de documentos, que é oneroso.

Naurican Larcerda destacou, também, que há, sobretudo, um grande desconhecimento do assunto por parte da população e da comunidade jurídica. "A grande maioria dos operadores jurídicos não sabe distinguir o tabelião do registrador, sequer sabe que os impostos de transmissão pertencem ao Estado. É essencial que mostremos o quanto nosso serviço é importante e essencial, até para aliviar o Poder Judiciário", afirmou o registrador de imóveis, que apresentou dados de sua dissertação de Mestrado em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito (IDP-DF).

O registrador de imóveis foi enfático em afirmar que é necessário demonstrar a complexidade dos atos registrais. "Emitir uma certidão é bem mais que tirar cópia de um documento, é preciso analisar se há outro protocolo vigente – que pode ser um título judicial pendente de resposta há mais de um ano –, certificar qualquer título ainda tramitando, conferir todos os atos impressos, verificar se o imóvel não passou a pertencer a outra circunscrição, entre outras ações", listou. Ele lembrou que os atos registrais requerem um sem-número de controles, comunicações e procedimentos que demandam, por vezes, dezenas de operações humanas.

Em sua opinião, o Estado Democrático de Direito preconiza que não existem exceções, com direitos e garantias fundamentais sendo aplicados a todos os cidadãos. Segundo ele, o emolumento se baseia nos valores fundamentais, nos fundamentos constitucionais, que preveem a remuneração dos cidadãos pelo desenvolvimento de suas atividades. "Nada é gratuito. Por isso, é preciso haver compensação", concluiu.

Leia artigo na página 72

Representantes da Secretaria do Patrimônio da União, durante o *XL Encontro*

Painel discute questões relativas à regularização dos imóveis da União

Quais são os principais problemas relativos à regularização dos imóveis da União e as soluções possíveis? As respostas para essas questões motivaram a realização de um painel no *XL Encontro*, reunindo representantes do IRIB e da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), que integram grupo de trabalho formado por representantes do Instituto e por técnicos da SPU. A comissão estuda mecanismos que podem agilizar a gestão do registro dos bens públicos, em cumprimento ao Acordo de Cooperação Técnica, firmado entre as duas instituições.

Em sua palestra, o coordenador-geral de Regularização Patrimonial do Departamento de Incorporação de Imóveis da SPU, Claudson Moreira, reforçou a importante parceria do IRIB e dos registradores de todo o país para agilizar a regularização de imóveis pertencentes à União. Segundo ele, a União detém hoje 600 mil imóveis, o equivalente ao território de duas Franças. Esse conjunto de bens representa um patrimônio avaliado em R$ 300 bilhões, sem considerar as rodovias federais, que representam R$ 180 bilhões.

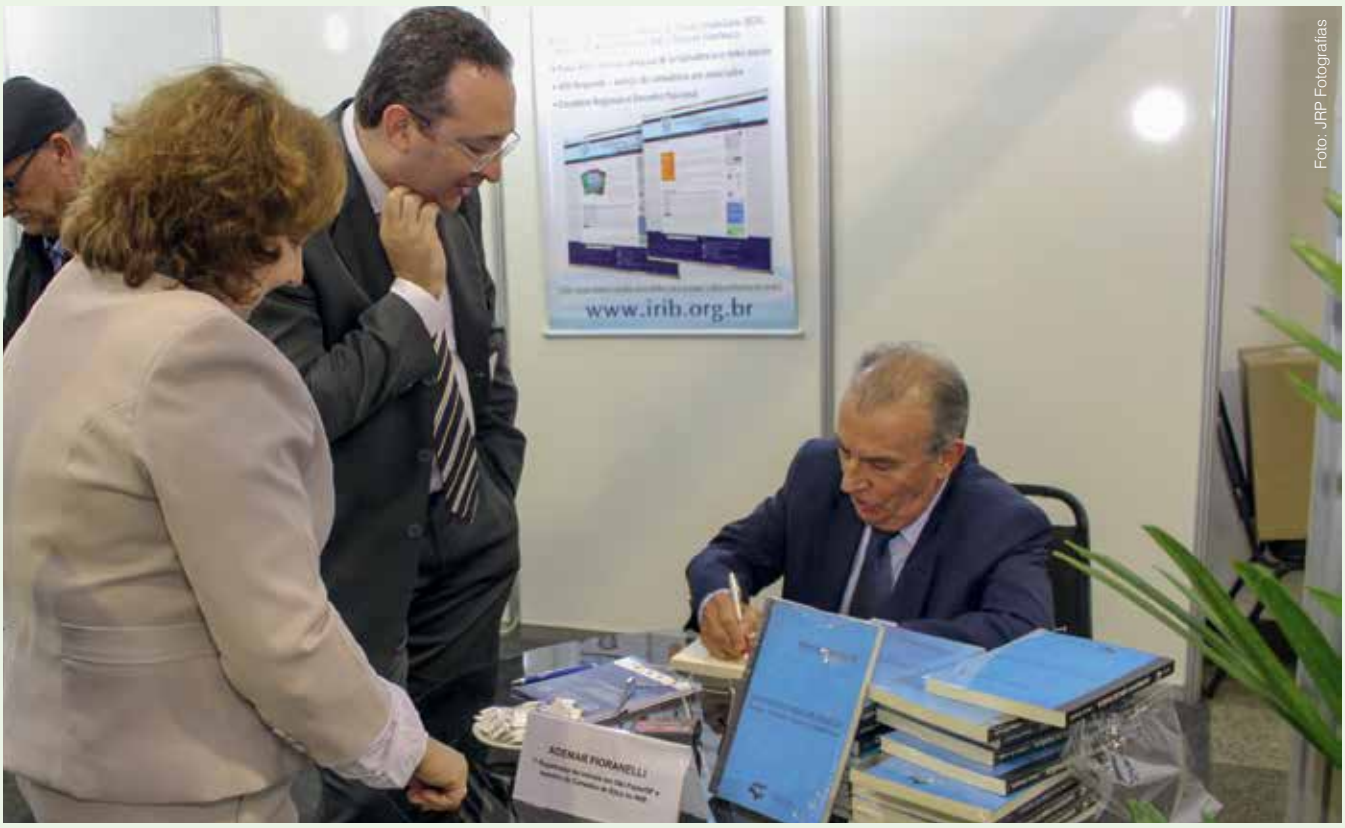
De acordo com o representante da SPU, existem algumas dificuldades para fazer a regularização. Entre os obstáculos estão a falta de informação objetiva dos bens e a exigência de registro de terrenos da extinta Rede Ferroviária Federal.

A proposta da SPU para facilitar o diálogo com os cartórios prevê a simplificação dos registros por meio de instrumentos mais ágeis, evitando, por exemplo, a exigência de certidões. Outros procedimentos que podem facilitar são a unificação de provimentos em todo o país e a parceria para o desenvolvimento de estudos para os registros, além do compartilhamento de informações entre os cartórios e a União.

O diretor de Gestão de Receitas Patrimoniais da SPU, Paulo Toncovitch, abordou o sistema de Declarações de Operações Imobiliárias em Terrenos da União (DOITU). Instituída pela Lei nº 11.481/2007, a DOITU ainda necessita de regulamentação federal. A SPU, em conjunto com o IRIB, trabalha buscando o ajuste necessário para o cumprimento dessa disposição legal.

Além dos palestrantes, participaram da mesa de debate representantes do IRIB no referido grupo de trabalho: Francisco Rezende, Helvécio Duia Castello e Ricardo Coelho. Também contribuiu para a discução o advogado da União, Marcelo Azevedo de Andrade, da Consultoria Jurídica do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão.

Ricardo Coelho, Helvécio Duia Castello e Francisco Rezende



Ademar Fioranelli autografa *Usufruto e Bem de Família* – Estudos de Direito Registral Imobiliário

XL Encontro Nacional lança duas importantes obras de Direito Registral

Duas obras indispensáveis aos registradores imobiliários foram lançadas durante o *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*: *Usufruto e Bem de Família* – Estudos de Direito Registral Imobiliário e *Registro de Imóveis, Retificação de Registro e Georreferenciamento*: Fundamento e Prática.

De autoria do registrador de imóveis em São Paulo/SP e membro do Conselho Editorial do IRIB, Ademar Fioranelli, *Usufruto e Bem de Família* – Estudos de Direito Registral Imobiliário representa um manual prático-teórico de grande utilidade para notários e registradores. O livro é uma publicação da Quinta Editorial.

Ademar Fioranelli é referência para notários e registradores brasileiros por unir experiência e aprofundamento nos estudos desta área. Por conta disso, o autor vem publicando livros e artigos que colaboram com a classe registral, trazendo reflexões e informações fundamentais para o exercício da atividade.

Por sua vez, *Registro de Imóveis*, *Retificação de Registro e Georreferenciamento*: Fundamento e Prática (Ed. Saraiva) é de autoria do diretor de Assuntos Agrários do IRIB e registrador de imóveis em Conchas/SP, Eduardo Augusto. O livro faz parte da série Direito Notarial e Registral e tem a coordenação do vice-presidente do IRIB, João Pedro Lamana Paiva.

No prefácio da obra, o professor José Manoel de Arruda Alvim Netto classifica o trabalho como uma valiosíssima contribuição ao estudo do Sistema Registral Imobiliário. Segundo ele, trata-se de estudo aprofundado, no qual o autor enfatiza a função social exercida pelo registro, já que este é a garantia da liberdade, do estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana.

De conteúdo multidiciplinar, a obra se destina tanto a estudiosos do Direito como àqueles que necessitam de respostas rápidas sobre o Direito Registral Imobiliário.

Eduardo Augusto, o autor de *Registro de Imóveis*, *Retificação de Registro* e *Georreferenciamento*: Fundamento e Prática

Luiz Egon Richter, José Augusto Alves Pinto e Sérgio Busso, durante a sessão de perguntas e respostas

Pinga-Fogo debate dúvidas levantadas pelos participantes do evento

No Pinga-Fogo do *Encontro Nacional,* foram abordadas questões práticas relativas aos temas debatidos em Foz do Iguaçu, tais como alienação fiduciária, regularização fundiária, retificação de registro e de área, certificação de imóveis rurais, utilização dos livros *Caixa e Diário Auxiliar*, entre outros.

O painel foi coordenado por José Augusto Alves Pinto, registrador de imóveis em Araucária/PR e secretário-geral do IRIB. Também participaram da mesa Sérgio Busso, registrador de imóveis em Bragança Paulista/SP e 1º tesoureiro do IRIB; e Luiz Egon Richter, registrador de imóveis em Lajeado/RS e diretor legislativo e membro de Conselho Editorial do IRIB.

O Pinga-Fogo é uma tradição dos Encontros IRIB e proporciona o contato direto com a plateia, com foco nas dúvidas surgidas na prática diária dos atos registrais. Os participantes fazem perguntas que são respondidas de imediato pelos painelistas. Muitas vezes, a resposta resulta de longos debates.

Foto: Destino Iguaçu

Foto: JRP Fotografias

Mário Pazutti Mezzari, presidente do Colégio Registral do Rio Grande do Sul, e o palestrante Antônio Herance Filho

O Provimento CNJ nº 34 e a Legislação Federal do IRPF: os livros – *Diário Auxiliar e Caixa* – que coexistem

//Antonio Herance Filho

Advogado, professor de Direito Tributário em cursos de pós-graduação, coordenador da Consultoria e coeditor das Publicações INR – Informativo Notarial e Registral. É, ainda, diretor do Grupo Serac.

Sumário

1. Introdução
2. Livros que cumprem objetivos distintos
3. A legislação tributária federal e a escrituração do livro *Caixa*
4. O Provimento CNJ nº 34/2013 e as normas administrativas estaduais
5. A natureza jurídica dos rendimentos pagos ao designado (interino) e as decorrências da decisão prolatada no Pedido de Providências nº 000384-41.2010.2.00.0000 (Evento 4.289), pelo ministro Gilson Dipp
6. O ISSQN nas unidades vagas
7. IRPF – Critérios de dedutibilidade de despesas e o fim da regra de incentivo relacionada com gastos e investimentos com informatização

1. Introdução

A edição do Provimento CNJ nº 34, em 9 de julho de 2013, pela Corregedoria Nacional de Justiça, trouxe à baila inúmeras questões controvertidas, algumas até muito delicadas, ora ligadas à fiscalização que as corregedorias – nacional, gerais e permanentes – pretendem fazer, e há muito já fazem, nos serviços notariais e de registro, também no que concerne à administração financeira e fiscal das unidades, ora ligadas à atuação e à remuneração dos designados para responder pelo expediente de delegações vagas, que interinamente atendem, em nome do Estado, aos cidadãos que necessitam dos serviços extrajudiciais.

O fato relevante é que preocupações infundadas tomam conta da classe, que se mobiliza em várias direções na busca de esclarecimentos oficiais, provocando a manifestação da Corregedoria Nacional de Justiça, ou promovendo encontros de estudo das matérias administrativa e tributária, visando ao cumprimento de todas as obrigações impostas pelas respectivas disciplinas, aquelas há muito existentes – de natureza tributária –, e, também, as que emergem do ato administrativo recém-editado.

No *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*, realizado em Foz do Iguaçu, a convite da organização do evento e, em especial, atendendo ao pedido feito pelo presidente Ricardo Coelho, falei sobre o assunto, nos termos que a seguir reproduzo.

Vale ressaltar, por importante, que o texto, abaixo, já leva em consideração a Orientação da Corregedoria Nacional de Justiça – CNJ nº 6, de 25/11/2013 – DJE: 27/11/2013, que não havia, ainda, sido editada quando da realização do Congresso do IRIB.

2. Livros que cumprem objetivos distintos

O Livro de Registro *Diário Auxiliar* da Receita e da Despesa, doravante tratado como *Diário Auxiliar*, e o livro *Caixa* são, respectivamente, instrumentos: (i) de controle financeiro e da regularidade da cobrança dos emolumentos; e (ii) de apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) incidente sobre os emolumentos percebidos pelos titulares de notas e de registro. Observadas suas especificidades, eles devem ser escriturados e mantidos à disposição das autoridades competentes. Compete aos magistrados incumbidos da atividade correcional dos serviços extrajudiciais a fiscalização sobre a correta escrituração do *Diário Auxiliar*, enquanto que é competente para fiscalizar a apuração do IRPF (Carnê-Leão), via de consequência, a escrituração do livro *Caixa*, a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Com efeito, tais instrumentos foram instituídos, em épocas distintas, para serem utilizados na consecução de objetivos próprios e específicos, de modo que as normas que disciplinam a escrituração e a manutenção de cada um dos instrumentos aqui em exame devem ser integralmente observadas, o que, desde logo, já indica a necessidade de escrituração de ambos, já que com apenas um instrumento algumas das normas trazidas pelo Provimento CNJ nº 34/2013 ou contidas na legislação tributária federal seriam deixadas de lado, o que escancararia a possibilidade de sujeição a penalidades por descumprimento de obrigações administrativas ou tributárias.

Na verdade, ao decidir escriturar apenas um dos dois livros, o titular de notas ou de registro terá de eleger a qual disciplina atenderá integralmente – a administrativa ou a fiscal – e se preparar para enfrentar, pelos meios próprios, o órgão responsável pela fiscalização do cumprimento da disciplina largada em segundo plano.

É, noutro dizer, escolher com qual órgão brigar; com a Corregedoria ou com a Receita. Como restará caracterizado o descumprimento, em algum grau, em um ou outro caso, os resultados do enfrentamento já são previsíveis.

Sobreveio ao Congresso do IRIB a Orientação CNJ nº 6, de 25 de novembro de 2013, que, neste ponto, por meio de seu art. 1º esclarece, *verbis*:

> Art. 1º Esclarecer às Corregedorias Gerais da Justiça, aos Juízes Corregedores, ou Juízes que na forma da organização local forem competentes para a fiscalização dos serviços, e aos responsáveis pelas delegações do serviço extrajudicial de notas e de registro, que:
> I. **o Livro de Registro Diário Auxiliar previsto no Provimento nº 34/2013 não se confunde e não substitui livro contábil previsto em legislação fiscal** (Grifos nossos).

Tal disposição apenas corrobora o que já se podia depreender da redação do art. 14 do Provimento CNJ nº 34/2013.

As principais diferenças normativas no que se refere aos lançamentos exigidos têm a ver com as despesas, as quais no *Diário Auxiliar* têm trânsito livre, mas que no livro *Caixa* transitarão somente as consideradas dedutíveis da base de cálculo do IRPF – "Carnê-Leão".

Contudo, o mais robusto argumento para que ambos os instrumentos sejam escriturados está no fato de o *Diário Auxiliar* integrar o acervo do Estado e, em eventual troca de responsável pela unidade – de notas ou de registro –, este instrumento permanecerá no serviço registral e continuará a ser escriturado por quem assumir as responsabilidades pela delegação, enquanto o livro *Caixa* fiscal seguirá com o contribuinte para onde quer que ele vá, já que a ele pertence e servirá como base de preenchimento de sua declaração de rendimentos (Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – Ajuste Anual).

Destarte, o *Diário Auxiliar*, instrumento de índole administrativa, pertence ao acervo do Estado, enquanto o livro *Caixa*, de natureza fiscal, é propriedade do contribuinte e será utilizado, se assim vier a ser requerido, para comprovação da regularidade da apuração do "Carnê-Leão".

3. A legislação tributária federal e a escrituração do livro Caixa

O Recolhimento Mensal Obrigatório, modalidade do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física muito conhecida pelo pseudônimo "Carnê-Leão", tem sua previsão regulamentar apresentada pelo art. 106 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999 e no que toca aos notários e registradores é relevante a hipótese trazida por seu inc. I, *verbis*:

> Art. 106. **Está sujeita** ao pagamento mensal do imposto a pessoa física **que receber** de outra **pessoa física**, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos que não tenham sido tributados na fonte, no País, tais como (Lei nº 7.713, de 1988, art. 8º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 24, § 2º, inciso IV):
>
> I – os **emolumentos** e custas dos serventuários da Justiça, **como tabeliães, notários, oficiais públicos e outros**, quando não forem remunerados exclusivamente pelos cofres públicos; [...] (Grifos nossos)

É possível, desde logo, constatar que valores que não tenham natureza jurídica de emolumentos não são alcançados pela hipótese de incidência descrita na norma supra, de tal sorte que os rendimentos percebidos no âmbito dos serviços notariais e de registro por prepostos (escreventes, substitutos, auxiliares) deverão ser oferecidos à tributação do Imposto de Renda (IR), observadas as regras do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), como, aliás, ocorre há muito no país todo.

Os emolumentos são, então, tributados pelo Recolhimento Mensal Obrigatório ("Carnê-Leão"), e, somente a eles se sujeitam, no âmbito dos serviços extrajudiciais, os titulares de notas e de registro, que poderão deduzir da receita da atividade as despesas que os incs. do art. 75 do RIR autorizam.

Por importante, vale a reprodução do *caput* do art. 75 do RIR:

> Art. 75. O contribuinte que perceber rendimentos do **trabalho não-assalariado**, inclusive **os titulares dos serviços notariais e de registro**, a que se refere o art. 236 da Constituição, e os leiloeiros, **poderão** deduzir, da receita decorrente do exercício da respectiva atividade (Lei nº 8.134, de 1990, art. 6º, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 4º, inc. I): [...] (Grifos nossos).

Com efeito, apenas os titulares podem deduzir da receita da atividade (emolumentos) as despesas com o pessoal e as necessárias à percepção da receita e à manutenção da fonte produtora de tais rendimentos. Os demais envolvidos na produção dos atos notariais e de registro (prepostos) terão seus rendimentos oferecidos à sistemática da retenção na fonte do IR.

Adiante, no item 5, voltaremos ao assunto para o necessário exame da natureza jurídica dos rendimentos percebidos pelo designado se observado o teto remuneratório fixado pela Corregedoria Nacional de Justiça, em 9 de julho de 2010.

Na oportunidade de minha apresentação, foi possível estudar os critérios de dedutibilidade de despesas para os fins de apuração e cálculo do "Carnê-Leão" incidente sobre os emolumentos notariais e de registro. Falamos das despesas que são consideradas dedutíveis e, também, da suficiente e indispensável comprovação.

Prestar-se-ão aos efeitos de redução da base de cálculo do imposto de competência da União, tão somente, as remunerações pagas à equipe da Unidade e as necessárias à percepção da receita e à manutenção da fonte produtora.

Nada obstante, a legislação retira dedutibilidade das despesas incorridas na aquisição de bens duráveis por considerá-las aplicação de capital. Os bens duráveis adquiridos deverão integrar a declaração de bens do titular de notas e de registro.

Contudo, ainda sob a vigência e os efeitos de norma de incentivo, a plateia foi informada sobre a possibilidade de dedução dos gastos e dos investimentos com informática com fulcro no que dispõe o art. 3º da Lei nº 12.024/2009, pelos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civil das pessoas jurídicas e naturais, em decorrência do direto envolvimento com os objetivos traçados pelo governo federal em torno do registro eletrônico.

Sobre o tema, deixamos o alerta: a dedução dos gastos e dos investimentos com a informática (aquisição de computador e periféricos) apenas é possível para as aquisições feitas e integralmente pagas até 31 de dezembro de 2013. Valores que, porventura, forem pagos a partir de 1º de janeiro de 2014, ainda que os bens tenham sido adquiridos no período de vigência da norma de incentivo, não poderão ser utilizados no cômputo do tributo, salvo se norma superveniente tratar da prorrogação de seu termo final.

4. O Provimento CNJ nº 34/2013 e as normas administrativas do Tribunal de Justiça

O Provimento CNJ nº 34/2013, por meio do art. 1º, instituiu o *Diário Auxiliar* e, por meio do art. 2º, o *Livro de Controle de Depósito Prévio*.

O primeiro criado para a escrituração das receitas (emolumentos) e das despesas a fim de que seus resultados pudessem espelhar a real situação financeira da Unidade. O segundo, por seu turno, é utilizado para a escrituração de valores que ainda não adquiriram o *status* de emolumentos, porque foram depositados pelo interessado para prática futura de ato notarial e de registro.

No Estado de São Paulo, há muitos anos que o depósito prévio é realidade no Registro Imobiliário.

A inteligência dos arts. 1º e 2º do Provimento CNJ nº 34/2013 faz surgir a sistemática, nos casos em que o depósito prévio for admitido, de recepção do valor depositado pelo usuário, na oportunidade da apresentação dos documentos para o devido exame, e de sua conversão em emolumentos, quando a qualificação restar positiva ou, se negativa, de sua devolução ao interessado.

Vale notar que os destinos possíveis de valor depositado previamente são dois, apenas; ou se converte em emolumentos, hipótese em que migrará para o *Diário Auxiliar*, ou é devolvido ao depositante. Migrando para o *Diário Auxiliar* ou sendo devolvido, o valor do depósito deverá ser levado a débito no *Livro de Controle do Depósito Prévio*, a fim de que seu saldo revele, sempre, com fidelidade e exatidão, o valor que ainda está em poder do titular ou designado para responder pela delação vaga (interino), mas cujo ato correspondente ainda não foi praticado.

Quanto à escrituração das receitas no *Diário Auxiliar*, em apertadíssima síntese, foi dado realce à necessidade de se escriturar os eventos na data da prática do ato, independentemente do recebimento dos emolumentos, sendo que o histórico das receitas deve ser objetivo, mas suficiente para localizar de forma inequívoca e pontual o ato que deu ensejo à cobrança dos emolumentos, fazendo-se menção, inclusive, à norma específica da tabela estadual que a autorizou.

Apenas o valor dos emolumentos é que deve ser escriturado como receita no *Diário Auxiliar*. As importâncias recebidas do usuário e repassadas pelo titular ou designado aos cofres respectivos não poderão ser lançadas. Foi ressalvado aos congressistas presentes que a disciplina do Estado onde está instalada a serventia, no que concerne às parcelas a serem repassadas, poderá conter regras próprias de controle desses repasses, normatização que deve ser observada com o devido rigor.

Cada ato praticado deve ensejar, a título de receita, um lançamento próprio, ou seja, vedados estão os lançamentos globalizados. Vejo a possibilidade de se escriturar os totais diários somente quando se tratar de reconhecimento de firmas e de autenticação de cópias.

No tocante às despesas, pedi à plateia que refletisse sobre o que estabelece a regra do art. 10 do Provimento CNJ nº 34/2013, cuja íntegra vale aqui ser reproduzida: "Art. 10. Admite-se **apenas** o lançamento das despesas relacionadas à serventia notarial e de registro." (Grifo nosso).

Apesar da utilização do vocábulo "apenas", a regra trazida pelo dispositivo, supra, tem alcance amplo, ilimitado e irrestrito, desde que o dispêndio suportado esteja relacionado à serventia. No caso, o "apenas" tem valor de "todas as despesas relacionadas à serventia".

Destarte, com fulcro no art. 10 do Provimento CNJ nº 34/2013, no *Diário Auxiliar* que, repita-se, não deve ser utilizado para a apuração do IRPF "Carnê-Leão", deve-se lançar todas as despesas pagas pelo titular ou designado que estejam relacionadas à serventia.

As vedações apresentadas pela legislação tributária não devem ser levadas em conta por ocasião da escrituração do *Diário Auxiliar*.

O inc. III do art. 1º da Orientação CNJ nº 6/2013 apresenta lista exemplificativa de dispêndios cuja escrituração é admitida no *Diário Auxiliar*, da qual se depreende que o critério a ser considerado é o do alcance amplo, ilimitado e irrestrito dos termos do art. 10, acima reproduzidos.

5. A natureza jurídica dos rendimentos pagos ao designado (interino) e as decorrências da decisão prolatada no Pedido de Providências nº 000384–41.2010.2.00.0000 (Evento 4.289), pelo ministro Gilson Dipp

Quando se aborda a questão do tratamento tributário aplicável aos valores percebidos pelo interino (designado para

Antonio Herance Filho

responder pelo expediente de serviços extrajudiciais durante o período de vacância), há de se perquirir a natureza jurídica de tais rendimentos.

O que percebe o interino, emolumentos ou remuneração do trabalho assalariado?

A resposta, em que pese o silêncio do ato, especialmente no que concerne às suas decorrências, está na decisão prolatada em 9 de julho de 2010 pela Corregedoria Nacional de Justiça nos autos do Pedido de Providências nº 000384–41.2010.2.00.0000 (Evento 4.289), senão vejamos:

1. Em razão do que dispõe o item 6 da Decisão CNJ, de 2010, os emolumentos, entre outros direitos e privilégios inerentes à delegação, pertencem ao Poder Público, como consequência da reversão da delegação ao poder delegante, logo os valores percebidos pelo interino emolumentos não são.

2. A Corregedoria Nacional de Justiça, por meio do subitem 6.1 da Decisão de 2010, deixa claro, quando classifica o interino, que ele é um preposto do Estado delegante, e como tal não pode apropriar-se da renda de um serviço público cuja delegação reverteu para o Estado e com o Estado permanecerá até que nova delegação seja efetivada.

3. E mais: o mesmo subitem 6.1 explica: "[...] interino que não se confunde com o notário ou com o registrador que recebe delegação estatal e que não é servidor público, cf. ADI 2602-MG".

4. No subitem 6.2, segunda parte, conclui a Eg. CNJ, *verbis*: "[...] interino escolhido dentre pessoas que não pertencem ao quadro permanente da administração pública, deve ser remunerado de forma justa, mas compatível com os limites estabelecidos para a administração pública em geral, **já que atua como preposto do Estado**" (Grifos nossos).

5. É no subitem 6.3 que o teto remuneratório do interino é fixado: "Nenhum responsável por serviço extrajudicial que não esteja classificado dentre os regularmente providos poderá obter remuneração máxima superior a 90,25% dos subsídios dos Srs. Ministros do Supremo Tribunal Federal, em respeito ao artigo 37, XI, da Constituição Federal".

6. E, por fim, no subitem 6.4 tem-se a confirmação da natureza salarial da remuneração percebida pelo interino. Estabelece que o valor da remuneração do interino também deverá ser lançado na folha de pagamento.

Assim, não há como ignorar as consequências da fixação do teto remuneratório para os interinos. Ele integra o quadro de prepostos da unidade e, como tal, deve ser remunerado. A contraprestação pelos serviços que presta nesta condição (de interino, de preposto do Estado delegante), é feita mediante a remuneração variável de, no máximo, R$ 25.323,50, para o ano de 2013. Passando pela folha salarial da unidade, o rendimento mensal do interino deverá ser oferecido às incidências do IRRF (imposto de renda retido pela fonte pagadora dos rendimentos, no caso o Estado delegante de quem o interino é preposto), do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) a ser depositado pela fonte pagadora na conta vinculada do preposto e das contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pelas duas partes, empregado (preposto) e empregador (Estado delegante).

E como a relação entre o interino e o Estado é laboral e tendo em vista que o preposto não é funcionário público (v. item 3, supra), aplicam-se as regras do regime celetista, no que couber, como piso da categoria, férias anuais, décimo terceiro salário, entre outros direitos consagrados pela legislação trabalhista e pela Constituição da República.

Recomenda-se, com esta manifestação, que o interino busque, pela via do diálogo com o seu corregedor permanente, entendimentos que possibilitem a aplicação do conteúdo normativo trazido pela Decisão CNJ, de 2010, em harmonia com tudo quanto previsto na legislação aplicável às relações desse jaez, a fim de que não se incorra em equívocos que possam desgastar o relacionamento profissional estabelecido com base na confiança e condicionado por uma série de atitudes recíprocas.

6. O ISSQN nas unidades vagas

O Provimento nº 34/2013 (art. 11, § 2º) autoriza que o interino abata da receita líquida da unidade o valor pago a título de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) antes de repassar o excedente ao teto remuneratório fixado pela decisão prolatada, em 9 de julho de 2010, nos autos do Pedido de Providências nº 000384-41.2010.2.00.0000 (Evento 4.289), o que, convenhamos, é justo. O Estado delegante suporta o custo do ISSQN.

Mas, se o resultado líquido for inferior aos 90,25% dos subsídios de ministro do Supremo Tribunal Federal, quem suportará o custo tributário referido será o próprio designado, que não se confunde com notário e registrador, porque, na verdade, ele é preposto do Estado delegante. Aí, lado outro, a justiça se perde.

Entretanto, a questão que se põe como principal não é esta. Não importa perquirir com quem ficará o ônus do ISSQN. Importa saber, antes de tudo, se nas unidades vagas ocorre o fato gerador do tributo municipal.

Vejamos:

O ISSQN incide sobre o valor dos serviços (Lei Complementar nº 11/03, art. 7º), ou sobre base fixa, nas hipóteses de serviços prestados em caráter pessoal (Decreto-Lei nº 406/1968, art. 9º, § 1º).

Destarte, nas delegações vagas, ou ele incidirá sobre o valor dos emolumentos ou sobre o valor da remuneração do designado ou sobre base fixa, se o legislador municipal onde

estiver instalada a unidade tiver reconhecido como cabível a aplicação da norma do DL nº 406/1968, acima referida.

Sobre o valor dos emolumentos, que pertencem ao Estado delegante, com efeito, o tributo de competência municipal não pode incidir em razão da barreira constitucional construída pelo manto da imunidade recíproca (CF, art. 150, inc. VI, alínea "a"), vez que os entes políticos não podem tributar a renda e o patrimônio uns dos outros. Trata-se de obstáculo que o município não pode transpor.

Por outro lado, a Lei Complementar nº 116/2003, em seu art. 2º, inc. II, esclarece que o tributo não incide sobre a prestação de serviços em relação de emprego, de tal sorte que, sobre a remuneração do interino, que, como vimos, tem natureza salarial, não pode o município sujeitar passivamente o preposto do Estado delegante no que concerne ao ISSQN.

Então, se o município não pode tributar rendimentos do Estado (emolumentos), tampouco pode tributar salário do preposto interino, de que trata, na realidade, a norma do § 2º, do art. 11 do Provimento CNJ nº 34/2013, confirmada pela Orientação CNJ nº 6/2013 (Art. 1º, inc. III, alínea "k")?

7. IRPF – Critérios de dedutibilidade de despesas e o fim da regra de incentivo relacionada com gastos e investimentos com informatização.

Foi, ainda, abordada, por nós, naquela oportunidade, a questão da dedutibilidade de despesas, para os fins de determinação da base de cálculo do IR e, em especial, a proximidade do termo final do prazo de vigência da regra de incentivo que, até o final do ano-calendário 2013, permite a dedução dos gastos e dos investimentos com a informatização da unidade visando à consecução dos objetivos relacionados ao registro eletrônico.

Sobre a dedutibilidade de despesas, o Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999, impõe duas condições básicas, a saber:

1. No art. 75, o RIR prevê que tipo de despesa pode se prestar aos efeitos de redução da base de cálculo do tributo. É a chamada dedutibilidade pela **natureza** do dispêndio. Apenas as que se enquadram nos incisos do art. 75, sem que sejam alcançadas pelas vedações expressas, é que são aceitas como despesas dedutíveis.

2. No art. 76, lado outro, o regulamento condiciona a dedução da despesa, que atende ao que estabelece o artigo antecedente, à suficiente **comprovação** por meio de documentos hábeis e idôneos.

A regra de incentivo, acima referida, que está em vias de expirar, encontra-se prevista no art. 3º da Lei nº 12.024/2009 e é por meio dela que os contribuintes que exercem os ofícios de que trata o art. 1º da Lei dos Registros Públicos (oficiais de RI, RTD, RCPJ e RCPN), por força dos objetivos traçados pelo governo federal em torno do registro eletrônico, receberam autorização para, no período entre a data de publicação da Medida Provisória nº 460 (DOU de 31 de março de 2009), até 31 de dezembro de 2013 (fim do ano-calendário 2013), deduzirem da respectiva base de cálculo do IR os investimentos e os demais gastos com a informatização.

Na verdade, esta regra não é novidade para os registradores imobiliários presentes ao *XL Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*, uma vez que no encontro de Londrina, em 2009, quando a regra de incentivo em exame estava em seu início de vigência, esse foi o tema de minha manifestação, que muita honra me deferiu, como na oportunidade presente também me defere.

O que me motiva voltar, novamente, ao assunto tem a ver com importante alerta que me cumpre. Se de um lado tudo o que for adquirido (computadores e periféricos), ainda no período de vigência da regra de incentivo, poderá ser deduzido, por outro lado, não se pode olvidar que os valores não pagos até 31 de dezembro de 2013 não poderão ser deduzidos.

Como é cediço, aplica-se à apuração do IRPF o regime de reconhecimento de receitas e de despesas conhecido por "Regime de Caixa", que considera a receita na data de sua percepção, e a despesa, na data de seu efetivo pagamento.

O desembolso do valor é que o consolida como dedutível. Antes do efetivo pagamento, o seu lançamento como despesa no livro *Caixa* será tido como indevido e como tal haverá de ser glosado pela autoridade fazendária.

Assim, as aquisições a prazo deverão ter tratamento especial e cuidadoso. Tão somente as parcelas pagas ainda no ano de 2013 é que serão consideradas dedutíveis. ■

Foto: JRP Fotografias

José Antônio Cetraro, consultor jurídico da Abecip, durante sua palestra no Encontro Nacional

Aspectos práticos na constituição de alienação fiduciária sobre propriedade superveniente

//José Antônio Cetraro

Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo em 1968. Iniciou sua atuação no Sistema Financeiro de Habitação em 1971, tendo atuado em várias instituições financeiras de crédito imobiliário, exercendo a gerência jurídica de apoio operacional e atuação contenciosa. Foi como representante do Estado de São Paulo na Comissão Nacional de Assuntos Jurídicos (Conaj) da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (Abecip) – 1976 a 1991. Exerceu a coordenação da Conaj da Abecip de 1991 a 1996. Atualmente, é consultor jurídico da Abecip.

Introdução

Diante da realidade jurídica da alienação fiduciária sobre a propriedade superveniente e seu registro sob condição suspensiva no Registro Imobiliário, caberia avaliar alguns aspectos práticos da coexistência desses dois registros de alienação fiduciária na matrícula de um imóvel. Sem a **pretensão de dar a solução** para tais questões, espera-se apenas contribuir para que se faça uma **reflexão** a respeito.

1. Questões subjetivas

1.1 Efetividade para liberação de recursos nas operações de crédito

Considerando a regra estabelecida pelo art. 23 da Lei nº 9.514, pela qual a constituição da garantia se dá por ocasião do respectivo Registro Imobiliário para a garantia sujeita à condição suspensiva, a primeira questão que emerge não diz respeito propriamente ao Registro Imobiliário, mas sim à regulamentação aplicável ao crédito imobiliário. É que para uma operação financeira imobiliária, a rigor, não poderia se considerar atendida a norma regulamentar da formalização da garantia para a liberação de recursos, o que dependeria da ocorrência da condição suspensiva.

1.2 Riscos em operações entre particulares

Outra questão a ser considerada é a eventual prática dessa modalidade entre particulares (art. 22, § 1º *caput*), a qual, em tese, se prestaria a negócios, se não simulados, que podem até representar a garantia de determinada obrigação, mas que tenham o efetivo intuito de "blindar" o imóvel em relação a eventuais outros credores do fiduciante. Cabe registrar que esse risco é inerente a todos os demais negócios. A alienação fiduciária de propriedade superveniente vai se incorporar às responsabilidades legalmente atribuídas aos registradores para reprimir tais condutas.

No caso de negócios particulares que poderiam gerar suspeita, se submetidos a um notário, as partes interessadas ainda dispõem da ferramenta do instrumento particular para celebrar seus negócios com alienação fiduciária (art. 38 da Lei nº 9.514), transferindo ao registrador imobiliário a responsabilidade para zelar pela legalidade. Convém lembrar a inclusão dos registros públicos nos mecanismos de controle de eventuais delitos financeiros que utilizam negócios simulados (art. 9º, inc. XIII, da Lei nº 9.613/1998 com as alterações feitas pela Lei no 12.683/2012), ficando assim sob a responsabilidade dos registradores imobiliários mais esse encargo. Legislação literalmente "extravagante" que utiliza uma expressão popular "lavagem de dinheiro" em sua ementa. Limites do registrador quanto ao acesso desses documentos e para a formalização de denúncia às autoridades.

2. Questões objetivas

2.1 Prazo de vigência das operações

Considerando que o prazo de vigência das obrigações garantidas por cada um dos registros levados a efeito na matrícula do imóvel não se equivalem, temos algumas situações peculiares:

2.1.1 Mesmo credor

Quando for o **mesmo credor** fiduciário nas duas operações, a questão pode ser resolvida com estipulação contratual de vencimento antecipado das operações para a execução da primeira garantia. Nesse caso, o procedimento de realização da garantia ficará restrito ao da dívida objeto da garantia efetiva. Impossibilidade de execução conjunta, mas com a eventual consolidação da propriedade em nome do credor na primeira operação, resta inviabilizada a garantia registrada condicionalmente.

Para a segunda operação, na qual ficará inviabilizada a garantia fiduciária, caberia em tese o ajuste de garantia adicional a título de penhor do direito à eventual restituição de valores excedentes no leilão (§ 4º do art. 27 da Lei nº 9.514), autorizando, assim, o direito de retenção pelo credor destes. Em caso de execução judicial do crédito da segunda operação, esse direito de crédito do fiduciante ainda seria passível de penhora.

2.1.2 Credores diversos

O prazo da primeira operação sendo superior ao da segunda obviamente inviabiliza o exercício da garantia nesta última, ressalvado o inadimplemento da primeira ou a antecipação dos seus pagamentos. Todavia, se o prazo da segunda operação ultrapassar o da primeira, porém, caso ocorra uma prorrogação do prazo de resgate da primeira operação que venha a superar o vencimento da segunda operação, igualmente inviabilizará a garantia do segundo credor. Cabe ao registrador promover a devolução, suscitar dúvida? Ou a questão deverá ficar restrita às partes?

Considerando que, na prática, os prazos de resgate tenham início a partir da formalização dos instrumentos correspondentes a cada uma das operações, não há garantia fiduciária vigente para o eventual inadimplemento na segunda operação enquanto não implementada a condição suspensiva. Ocorrendo inadimplemento da segunda operação antes da realização da condição suspensiva, restaria a execução judicial contra devedor solvente.

3. Resolução ou consolidação da propriedade

3.1 Resolução

Claro está que a averbação da quitação da dívida da primeira operação representa a ocorrência da condição suspensiva que resulta na vigência da alienação fiduciária instituída sobre a propriedade superveniente e na plena eficácia da garantia.

É a **averbação** da quitação da primeira operação, e **não apenas o seu pagamento**, que representa a realização da condição que atribui eficácia à garantia que foi registrada condicionalmente.

Em tese, cabe ao devedor fiduciante, assim que resgatada a dívida da primeira operação, a iniciativa de promover a averbação da quitação que lhe restituirá a plena propriedade do imóvel. Na sua eventual omissão, sendo diverso o credor da segunda operação, deveria ter legitimidade para essa iniciativa desde que dispusesse do termo de quitação emitido pelo credor da primeira operação. A questão está no controle que isso demanda, notadamente em se tratando de operações financeiras protegidas por sigilo bancário.

3.2 Consolidação

Se ocorrer a **consolidação** da propriedade em nome do credor da primeira operação em razão da **não purgação da mora** pelo devedor, estará juridicamente inviabilizada a condição de restabelecimento da plena propriedade ao fiduciante, e, assim, a vigência automática da garantia da segunda operação.

A questão que emerge para o Registro Imobiliário é o cancelamento desse registro feito condicionalmente. Considero que a questão guarda **certa analogia com o registro da adjudicação ou arrematação** diante do registro da hipoteca ou mesmo da penhora do imóvel, cabendo o cancelamento da alienação condicional que restou prejudicada pela inocorrência da condição estabelecida.

Na ocorrência de **inadimplemento do devedor da primeira** operação, quando registrada sob condição a alienação fiduciária da segunda operação, cabe ao credor da primeira solicitar ao registrador imobiliário ou este proceder de ofício no sentido de **dar ciência** do procedimento ao credor da segunda operação? Seria juridicamente recomendável que houvesse essa iniciativa, inclusive, diante da publicidade desse registro e do eventual interesse do credor da segunda operação em exercer, como terceiro interessado, o direito de sub-rogação (art. 31 da Lei nº 9.514) e, dadas as circunstâncias do caso concreto, pretender se tornar o credor fiduciário único das duas garantias, a efetiva e a condicional.

O mesmo pode-se dizer se o segundo credor tiver recebido em garantia do devedor comum o penhor do seu direito expectativo à aquisição, o que conferiria ao segundo credor a condição de terceiro interessado na purgação da mora ainda que sujeito a uma ação de regresso quanto ao valor que assim desembolsar.

Ainda deve ser considerada a possibilidade de ter sido empenhado em favor do segundo credor o direito expectativo da aquisição de que o fiduciante é titular. A condição de credor pignoratício também legitima o beneficiário da garantia condicional.

Porém, o **inadimplemento** do fiduciante quanto à **segunda operação**, antes de implementada a condição, deixa o respectivo credor **desprovido da garantia**, restando-lhe, **à falta de outra garantia**, a via judicial para a recuperação de seu crédito. ■

Foto: JRP Fotografias

Francisco Rezende, membro nato do Conselho Deliberativo do IRIB e registrador de imóveis em Belo Horizonte/MG

A constituição de duas garantias fiduciárias sobre um mesmo imóvel simultaneamente

A constituição de propriedade fiduciária sobre propriedade superveniente

// Francisco José Rezende dos Santos

Registrador de imóveis em Belo Horizonte/MG, membro nato do Conselho Deliberativo do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), primeiro secretário da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg-BR). Especialista em Direito Registral Imobiliário pela Pontifícia Universidade Comillas – Madri, Espanha; mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos; professor da PUC/Minas e da Faculdade de Direito Milton Campos; presidente da Escola Nacional do Direito Notarial e de Registro (Ennor); diretor da Escola Superior de Notários e Registradores do Estado de Minas Gerais (Esnor); presidente do IRIB no período de 2010 a 2012.

Introdução

O instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia constituída sobre bens imóveis foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Apesar de já estar em vigor há 16 anos, ainda existe uma grande expectativa de que este instrumento jurídico – que tem a finalidade de dar garantia real a obrigações contratadas, em especial promover o financiamento imobiliário – tenha aplicações mais elásticas, estendendo o seu campo de abrangência a novas operações que o mercado de crédito está a exigir. Vemos a cada dia crescer o interesse pelo aprofundamento dos estudos acerca deste instituto.

Apenas rememorando: a alienação fiduciária que aqui tratamos é um instituto jurídico, que se destina a garantir operações de financiamento imobiliário, pelo qual o devedor, chamado fiduciante, com escopo de garantia de obrigação contratada, transfere ao credor, chamado fiduciário, a propriedade do bem. No caso de bens imóveis, com o registro deste negócio jurídico no Registro de Imóveis, constitui-se a chamada **propriedade fiduciária** e, neste momento, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante (devedor da obrigação) o possuidor direto, e o fiduciário (credor da obrigação), o possuidor indireto do bem. O fiduciário recebe a propriedade em uma condição resolutiva, ou seja, obriga-se a devolvê-la se o fiduciante cumprir a obrigação contratada.

Segundo o registrador paulista João Baptista Galhardo (Araraquara, SP), em uma definição bastante didática:

> a propriedade resolúvel é a que encontra no próprio título constitutivo a causa de sua extinção. As próprias partes, ou a lei, estabelecem uma condição resolutiva. No caso de alienação fiduciária de imóvel em garantia, se o devedor fiduciante pagar a dívida, a propriedade não se consolidará em nome do credor fiduciário. E, se o devedor não pagar a dívida, a propriedade se consolidará em nome do fiduciário, que solicitará ao Registro de Imóveis a consolidação da propriedade plena em seu nome, apresentando comprovante de pagamento do ITBI.

Em princípio, por ocorrer na alienação fiduciária a transmissão ao credor ou fiduciário da propriedade do bem imóvel oferecido em garantia da obrigação contratada, seria impossível estabelecer nova alienação fiduciária sobre este mesmo bem, mesmo que em 2º grau, já que é impossível que a mesma propriedade seja transferida duas ou mais vezes na sua integralidade.

O Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB) já se manifestou acerca desta situação, em seu *Boletim Eletrônico* nº 4.146, de 13 de março de 2012. Assim, vejamos:

> A alienação fiduciária pode ser constituída em graus subsequentes?
>
> Em que pese respeitáveis entendimentos em sentido contrário, uma vez alienado fiduciariamente o imóvel este é retirado da esfera patrimonial do devedor e transferido, em caráter resolúvel, ao credor (arts. 22 e 23, da Lei nº 9.514/1997). Por não integrar o patrimônio do devedor, este não poderá ser dado em nova garantia, como acontece com a hipoteca, por exemplo. Assim, podemos concluir que a alienação fiduciária não admite novas vinculações em graus subsequentes, ainda que em favor do mesmo credor.

Também, respeitáveis doutrinadores, dentre os quais podemos citar Melhim Namem Chalhub e Afranio Carlos Camargo Dantzger, se manifestaram sobre este assunto, e têm o mesmo entendimento, quanto à impossibilidade de graus subsequentes na alienação fiduciária.

> A resposta a essa questão não comporta divagações e/ou conjecturas, pois, ao dispor que o registro do contrato de alienação fiduciária opera a transferência da propriedade do imóvel para o fiduciário, a lei não dá margem a outra interpretação a não ser a de que a partir desse ato de registro o fiduciante estará despojado da propriedade, e, portanto, impossibilitado juridicamente de transferir novamente o imóvel para quem quer que seja ou novamente onerá-lo, em qualquer grau, pois, repita-se, não é mais titular do imóvel.
>
> Não há como aplicar à propriedade fiduciária a regra da hipoteca, pois, enquanto no primeiro caso o devedor ou o terceiro dador da garantia não é mais proprietário, e, portanto, não poderá dela dispor ou onerá-la, na hipoteca o bem permanece no seu patrimônio e, portanto, pode dele dispor ou onerá-lo novamente, em diferentes graus. (CHALHUB, Melhim Namem; DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis em segundo grau?*)

Mas o próprio IRIB, em outra manifestação, abre uma luz sobre a possibilidade de um segundo financiamento ser garantido pelo mesmo imóvel. A resposta foi orientada pelo registrador João Batista Galhardo, de Araraquara, SP. Vejam o caso e a resposta:

> **Boletim IRIB nº 263 – abril de 1999**
>
> IRIB Responde – Duas alienações fiduciárias do mesmo imóvel
>
> P. .....Indaga-se se os aditivos (de **Cédula Rural**) podem ser aceitos e em caso afirmativo, como proceder ao registro da alienação fiduciária em garantia, por extensão à cédula já garantida por alienação fiduciária do mesmo imóvel.
>
> R. Um imóvel alienado fiduciariamente não pode, de novo, ser alienado fiduciariamente, porque o antigo "proprietário" não tem mais a disponibilidade. Assim, não se pode registrar, ainda que ao mesmo credor, duas alienações fiduciárias do mesmo imóvel, **salvo se** os aditivos, muito bem redigidos, consignarem, expressamente, que a alienação fiduciária do imóvel matriculado sob o n. tal, registrada sob o n. tal na matrícula é suficiente para garantir a(s) cédula(s) de crédito, o que levaria a uma averbação na matrícula do imóvel, para consignar que a alienação registrada sob o n. tal garante também as cédulas de crédito de tais valores, registradas no livro 3 em tais datas sob tais números, valores esses (ou débitos) que serão pagos da seguinte forma [...] (Grifos nossos).

Por outro lado, existe grande controvérsia acerca deste entendimento específico. Cito a posição de Maria do Carmo Campos Couto, registradora de Atibaia, SP, em grupo de discussão do Boletim Eletrônico do IRIB:

> a) **alienação fiduciária "elástica"**: não é possível, nos mesmos moldes que ocorre com a hipoteca, que após a constituição de propriedade fiduciária para garantia de uma dívida, o credor constitua nova dívida e queira que aquela AF já constituída e registrada passe a garantir também esta nova dívida, como se a garantia fosse elástica. Ex: houve uma dívida de R$ 5.000,00 para a qual foi constituída AF sobre determinado bem. O devedor faz nova dívida de R$ 10.000,00, mencionando que a mesma propriedade fiduciária passa a garantir as duas dívidas. Isso não é possível, assim como ocorre com a hipoteca. O MM Juiz Dr. Narciso Orlandi Neto, no Proc. 1.006/81, da 1ª VRPSP, sentenciou que o aumento de crédito a ser garantido pela hipoteca anteriormente registrada, mesmo envolvendo as mesmas partes contratantes, configurava uma segunda hipoteca e importava novo registro.

Nesse mesmo sentido, Ademar Fioranelli, na obra *Direito Registral Imobiliário*, diz:

> É certo que sempre que ocorrer elevação do crédito anteriormente concedido, configura-se a constituição de nova hipoteca, a qual será alvo de novo registro em respeito aos princípios que regem o instituto hipotecário.

Esses dois autores, usando a analogia, chegam à conclusão da impossibilidade da extensão da alienação fiduciária a novos financiamentos utilizando a garantia já constituída.

Buscando uma utilização cada vez maior do instituto da alienação fiduciária, o IRIB trouxe, mais uma vez, esse tema a este Congresso Nacional. Incitado sobre o assunto, trago à discussão dos senhores o estudo que fiz sobre esse assunto.

Para que possa melhor transmitir aos senhores o estudo que fiz sobre a possibilidade de constituição de duas ou mais garantias fiduciárias sobre um mesmo imóvel, é necessário que revivamos aqui o conceito e a extensão do direito de propriedade, ou a estrutura jurídica da propriedade. O que seria juridicamente a propriedade, ou o direito de propriedade?

Todos os direitos subjetivos, inclusive o direito de propriedade, possuem faculdades, que o sujeito, seu titular, pode exercer. No direito de propriedade, estão condensadas as faculdades inerentes ao domínio, que são, segundo o nosso Código Civil, as faculdades de usar, gozar, dispor e reaver tal bem de quem injustamente o possua.

Segundo Nelson Rosenvald, o direito de propriedade é um conjunto de direitos. Vejamos:

> A definição dominante de direitos de propriedade, tanto em Economia como em Direito, é de propriedade como sendo um **conjunto de direitos** sobre um recurso que o dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra a interferência por outros agentes. Este conjunto de direitos pode, exemplificadamente, incluir o direito de vender a terra, deixa-la de herança, subdividi-la, cerca-la e impedir que outros a atravessem (p. 186).

Sabemos que a propriedade pode ser dividida, segmentada em **faculdades** e estas em titularidades diferentes. O conjunto delas forma a propriedade plena. Mas uma só destas faculdades em separado pode ser exercida individualmente pelo seu titular, que muitas vezes pode não ser o titular das outras faculdades. Assim, pode uma pessoa ser titular da faculdade de usar, e as demais faculdades de gozar, dispor e reaver estarem concentradas nas mãos de outra pessoa. Também pode uma pessoa ser titular de duas faculdades conjuntamente, por exemplo, usar e gozar, quando se dá o chamado usufruto, e as faculdades de dispor e reaver estarem nas mãos de outra pessoa, o que é denominado "nua propriedade".

Painel reuniu especialistas com visões diferenciadas sobre a mesma matéria

Na propriedade fiduciária, vê-se, com grande clareza, a aplicação desta segmentação do direito de propriedade, sob determinadas regras jurídicas. Nela, trabalhamos, principalmente, com o direito de dispor. Segundo Melhim Chalhub:

> Primeiramente o devedor da obrigação ou fiduciante que é o proprietário da plenitude do imóvel, transfere ao credor ou fiduciário o direito de propriedade resolúvel sobre o imóvel, mas conserva o direito real de aquisição, sob condição suspensiva, em posição de se tornar novamente proprietário do bem que transmitira em caráter resolúvel ao credor fiduciário.
> Em decorrência da transmissão deste direito, a posse, como visualização do domínio, é desdobrada, ficando o fiduciante com a posse direta, e o fiduciário com a posse indireta.

Na propriedade fiduciária, a propriedade é segmentada, e as **faculdades** de usar e gozar estão nas mãos de um titular, enquanto a faculdade de dispor, com certa relatividade e restrição, está nas mãos de outro titular. Ambos têm a faculdade de reaver. Observo que a **faculdade** de gozar é restringida pela Lei nº 9.514/1997, ao dispor que:

> Art. 37-B. Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário.

O desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Francisco Eduardo Loureiro, confirma, quanto à faculdade de reaver, que:

> Nesse contexto, no entanto, credor e devedor podem defender suas posses contra terceiros. Se o imóvel for invadido, ambos poderão ajuizar ação de reintegração.

E mais:

> A propriedade transferida ao credor fiduciário é estranha. O direito de propriedade deixa claro que a pessoa pode usar, fruir, dispor e reivindicar. O credor fiduciário tem a propriedade resolúvel da coisa que está destituída da maioria dos poderes. Ele não pode usar, dispor nem fruir dela, portanto, embora ele tenha formalmente a propriedade, trata-se de uma propriedade de afetação, de uma propriedade por destinação própria, ou seja, é uma garantia para o adimplemento da obrigação. A propriedade serve apenas para essa finalidade, razão pela qual o credor fiduciário não possui os direitos fundamentais do dono. (BE 2.725, 7 de novembro de 2006. Aula magna ministrada no IV *Seminário de Direito Notarial e Registral de São Paulo*, realizado pelo Educartório, no dia 2 de setembro de 2006, em São Paulo).

Por outro lado, a propriedade, ou o direito de propriedade a par das faculdades, possui **atributos** que lhe são inerentes: a elasticidade, a perpetuidade e a exclusividade.

A elasticidade determina que na propriedade poderá haver cisão de poderes dominiais em favor de outras pessoas, sem deixar de ser propriedade. O domínio é distendido, ou fragilizado, em virtude de ter ocorrido transferência de algumas de suas faculdades para outros, como por exemplo no usufruto.

Também o direito de propriedade é perpétuo, extinguindo-se somente pela vontade do dono ou pela lei, nos casos de desapropriação ou usucapião. Isso quer dizer que a propriedade tem duração ilimitada, sendo transmitida por direito hereditário aos sucessores. No caso de propriedade resolúvel, como na alienação fiduciária, por lei, a propriedade perde este atributo, pois o fiduciário recebe a propriedade em uma condição resolutiva, ou seja, obriga-se a devolvê-la se o fiduciante cumprir a obrigação contratada.

Mas, para este estudo, o mais importante é a exclusividade que determina que a mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas ao mesmo tempo. Segundo Nelson Rosenvald (p. 193):

> A exclusividade é um princípio que se dirige ao domínio, pois não pode haver mais de um domínio sobre o mesmo bem. Só uma pessoa pode usar, fruir e dispor o objeto, na medida em que o domínio é uno e indivisível. Daí a inviabilidade de se estabelecer um direito real onde outro da mesma natureza já esteja presente. Ao contrário do que se possa supor, no condomínio tradicional não há elisão ao princípio da exclusividade, eis que, pelo estado de indivisão do bem, cada um dos proprietários detém fração ideal do todo. Há pluralidade de sujeitos em um dos pólos da relação jurídica [...]
>
> Portanto, é possível que muitos tenham direito de propriedade, sem que isto afaste a unidade do domínio. Um proprietário pode ter 33% do direito de propriedade, cuidando-se de um direito indivisível, sem que isto imponha qualquer fracionamento em seu domínio, que é indivisível.

A unidade do domínio não é afastada no caso do condomínio geral ou tradicional.

O titular pode, à sua vontade, fracionar o seu direito de propriedade pleno em frações ideais, sem que cada fração perca a unidade do domínio. Um exemplo claro desta situação ocorre no condomínio edilício, quando uma só pessoa é proprietária de todas as unidades. O lote onde se localiza o empreendimento e as partes comuns da edificação possuem frações ideais do todo. O fracionamento foi feito ao querer ou ao critério do titular da propriedade, convencionado no instrumento de instituição do condomínio (art. 1.331, § 3º, do Código Civil).

Utilizando a analogia, esta mesma e semelhante situação pode se dar quando uma pessoa, titular da propriedade, contrata uma obrigação e dá em garantia uma fração ideal de sua propriedade, ou do seu direito de propriedade.

Poderá o proprietário dar, por exemplo, 33% do seu imóvel em garantia de uma obrigação. Desde que o credor a aceite, nasce uma situação condominial em uma das faculdades do direito de propriedade, que é o direito de dispor.

Tal situação existente no direito de propriedade plena poderá ser transportada para os direitos de garantia, inclusive a alienação fiduciária.

O devedor ou fiduciante, com a finalidade de garantia de obrigação contratada, transfere ao credor ou fiduciário a propriedade de fração ideal do bem. Com o registro no Registro de Imóveis, o fiduciante é o possuidor direto, e o fiduciário é o possuidor indireto da fração ideal. O fiduciário recebe a fração ideal da propriedade em uma condição resolutiva.

Se não cumprida a obrigação, o fiduciante se sujeita às penalidades impostas na Lei nº 9.514/1997, sendo constituído em mora e passível de perder a parte do imóvel em praça. O arrematante passará a ser condômino em condomínio geral e terá todos os direitos e deveres impostos por lei aos condôminos em um condomínio geral, inclusive a preferência, a possibilidade de divisão – se o bem for divisível –, ou extinção do condomínio – se o bem for indivisível.

Não vejo dificuldade alguma para o Cartório de Registro de Imóveis promover o registro de um contrato de alienação fiduciária avençado na forma aqui em exame, pelos fundamentos expostos no decorrer do artigo. É uma forma de aproveitamento maior da propriedade imobiliária, como ativo de grande valor e de segurança para o credor, com garantia real para operações de financiamento, sendo a mesma propriedade imobiliária, desta forma, oferecida em dois ou mais contratos com alienação fiduciária e como garantia. ■

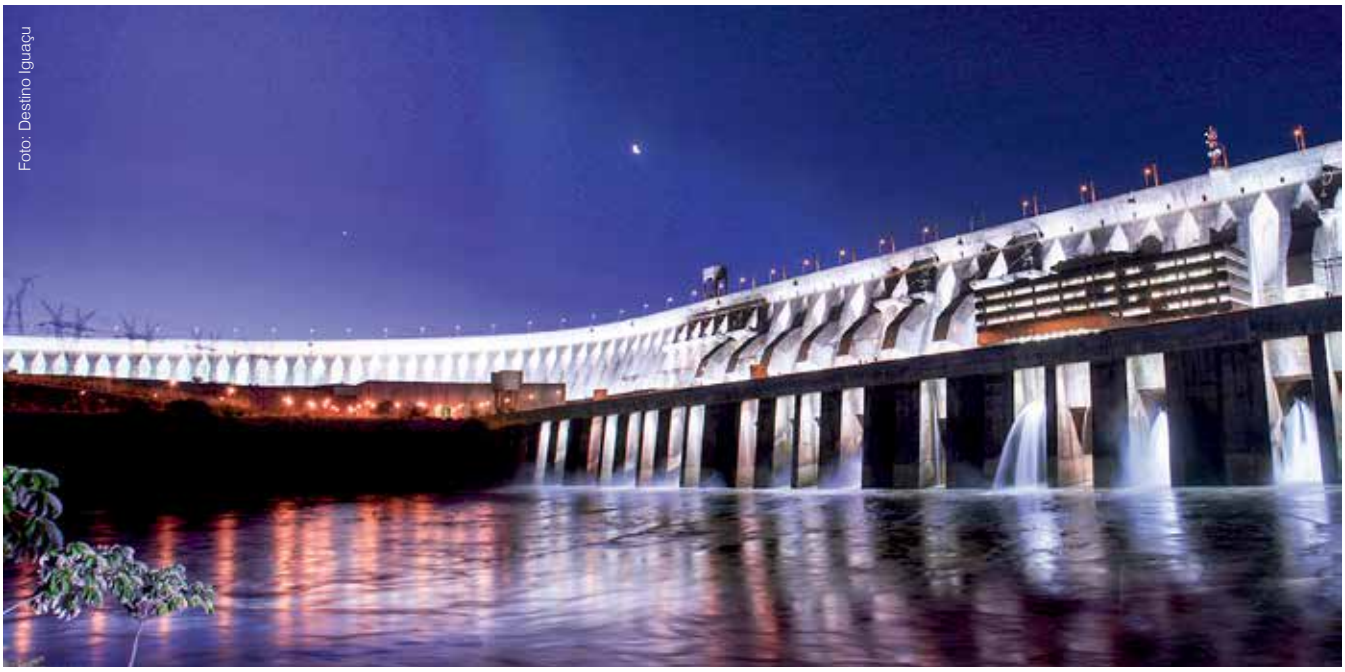


Foto: Destino Iguaçu

Foto: JRP Fotografias

Conferencista do Encontro Nacional, Melhim Chalhub assina várias obras sobre o Direito Registral Imobiliário

Constituição de propriedade fiduciária sobre propriedade superveniente

//Melhim Namem Chalhub

Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado, consultor e parecerista em Direito Privado. Especialista em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Autor do anteprojeto de lei do sistema de garantias fiduciárias instituído pela Lei nº 9.514/1997 e do anteprojeto sobre a constituição de patrimônios de afetação dos acervos das incorporações imobiliárias, regulamentada pelos arts. 31A a 31F da Lei nº 4.591/1964, com a redação dada pelo art. 53 da Lei nº 10.931/2004. Autor das obras: Negócio fiduciário*;* Da incorporação imobiliária; Propriedade imobiliária*: função social e outros aspectos;* Trust *– Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia (Editora Renovar);* Direitos reais *(Editora Forense);* Novo Direito Imobiliário e Registral *(Editora Quartier Latin); entre outras.*

Não raras vezes, a propriedade fiduciária em garantia tem sua configuração confundida com outras modalidades de garantia utilizadas para fim semelhante, como é o caso da hipoteca.

Não há como confundir essas espécies de garantia, fundamentalmente porque a garantia hipotecária incide sobre coisa alheia (o devedor constitui hipoteca sobre o imóvel, mas conserva-o em seu patrimônio); já, ao constituir a garantia fiduciária, o prestador da garantia transmite a propriedade ao credor, sob condição resolutiva (ou seja, o devedor se demite da propriedade e é investido no direito de readquiri-la); portanto, não sendo proprietário do imóvel, não pode aliená-la, plenamente ou fiduciariamente.

Com efeito, uma vez registrado o contrato de alienação fiduciária, o fiduciante se torna titular de direito real de reaquisição, sob condição suspensiva, da propriedade que acabara de transmitir, e, assim, demitido da propriedade, não tem mais poder de disposição ou oneração sobre o domínio do imóvel, pois não é mais titular dele, ainda que temporariamente (arts. 22 e 23 da Lei nº 9.514/1997).

Não há, portanto, como aplicar à propriedade fiduciária a regra que permite ao hipotecante constituir sobre o imóvel novas hipotecas em diferentes graus, pois, enquanto por efeito da constituição da garantia fiduciária o devedor ou o terceiro prestador da garantia se demite da propriedade, na garantia hipotecária, o bem permanece no patrimônio do devedor (ou do terceiro prestador da garantia) e, portanto, ele pode dispor do imóvel ou onerá-lo novamente, em diferentes graus.[1]

Dada essa realidade, duas opções se apresentam para constituição de garantia real sobre o direito de que é titular o fiduciante: a caução de direito aquisitivo e a alienação fiduciária (ou hipoteca) da propriedade superveniente.

Com efeito, o fiduciante é titular de um direito real de reaquisição, que, segundo Pontes de Miranda, sendo "elemento do patrimônio do expectante, pode ser arrestado, penhorado ou entrar em massa concursal, e se transmite entre vivos ou *causa mortis*,"[2] está o fiduciante investido do poder jurídico de caucionar esse direito, e essa caução é expressamente prevista nos arts. 17, inc. III, e 21 da Lei nº 9.514/1997. A caução do direito real de aquisição pode ser constituída em favor do mesmo credor fiduciário ou em favor de outro credor, caso em que a aferição do valor econômico desse direito deve levar em conta, entre outros aspectos, o valor do saldo da dívida garantida pela propriedade fiduciária. Observe-se, a propósito, que esse direito tem expressão monetária, podendo, inclusive, ser objeto de dação em pagamento,[3] penhorado, arrestado ou arrematado.[4]

De outra parte, pode o fiduciante contratar a alienação fiduciária da propriedade que vier a readquirir após cumprida a obrigação garantida pela propriedade fiduciária que ora grava o imóvel.

É uma hipótese de convalidação dos direitos reais de garantia, prevista pelo Código Civil no § 1º do art. 1.420, que, excepcionando a regra segundo a qual só aquele que pode alienar poderá constituir garantia real, admite que a propriedade superveniente torna eficaz as garantias constituídas por quem não era dono.[5]

Coerentemente, o § 3º do art. 1.361 do Código Civil, referindo-se à propriedade fiduciária, dispõe que "a propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.[6]

A regra se aplica tanto à alienação fiduciária de bem móvel infungível como do bem imóvel, seja porque se trata de direito futuro do fiduciante, passível, portanto, de transferência mediante condição suspensiva (Código Civil, arts. 125 e 126), seja porque o § 1º do art. 1.420 é norma sobre os direitos reais de garantia em geral (e a propriedade fiduciária é um direito real de garantia) e, ainda, porque, de acordo com o art. 1.368A do Código Civil,[7] a despeito da existência de regimes jurídicos específicos para as diversas espécies de propriedade fiduciária, a elas se aplica a norma codificada (§ 3º do art. 1.361) "naquilo que não for incompatível com a legislação especial".

Com efeito, ao excepcionar a regra segundo a qual só pode dar em garantia quem é proprietário, o § 3º do art. 1.361 do Código Civil refere-se, entre outros, àquele que é proprietário sob condição, que é exatamente a posição jurídica do devedor fiduciante – ao contratar a alienação fiduciária, o fiduciante torna-se titular de um direito de aquisição sob condição suspensiva, condição essa que corresponde ao pagamento da dívida garantida.

Prevista no § 1º do art. 1.420 do Código Civil, a constituição de garantias reais sobre propriedade superveniente era anteriormente regulada pelo Parágrafo único do art. 756 do Código Civil de 1916, sobre o qual assim se manifestou Carvalho Santos:

> [...] se ele o for [proprietário] sob condição, poderá constituir o direito de garantia sob essa mesma modalidade, bem entendido, não podendo sobre um direito de propriedade condicional constituir direito de garantia puro e simples, mesmo porque *nemo transfere potest jus quod non habet*. Embora condicional, não é menos válida presentemente, podendo vir a se tornar definitiva, se se verificar a condição.[8]

[1] Código Civil, "Art. 1.476: O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor".
[2] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2013, § 577, nº 8.
[3] Lei nº 9.514/1997, art. 26, § 8º.
[4] STJ – REsp 47.047-SP, rel. min. Humberto Gomes de Barros; REsp 332.369-SC, rel. min. Eliana Calmon; TJ/SP – 27ª Câmara de Direito Privado. AI nº 1207021-03. Des. Rel. Berenice Marcondes César. j. 14/1/2009.
[5] Código Civil: "Art. 1.420 [...] § 1º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono."
[6] Idem: "§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária."
[7] Idem: "Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial."
[8] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 12. ed., 1962, v. X, p. 14-15.

Com efeito, o devedor fiduciante não é titular da propriedade do bem, mas é titular de um direito futuro, um direito expectativo e "poderá constituir o direito de garantia sob essa mesma modalidade", pois o direito sob condição suspensiva pode ser transferido ou gravado, como observa Pontes de Miranda:

> 6. PENDÊNCIA DE CONDIÇÃO SUSPENSIVA E DIREITO EXPECTATIVO. – Durante o tempo em que a condição suspensiva pende, o direito ao direito futuro – o direito expectativo – é transferível, empenhável (caucionável), arrestável, penhorável e herdável (salvo condição de vida); bem como suscetível de ser garantido por fiança, hipoteca e penhor. Entra em concurso de credores e falências [...] O que tem direito, em virtude de negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu, já tem direito expectativo aos efeitos jurídicos que se esperam do cumprimento da condição. O direito expectativo é transmissível a causa de morte e entre vivos [...] As regras jurídicas sobre forma da transmissão e alienação são as mesmas concernentes aos atos em que se transmitiriam ou alienariam os direitos, se incondicionados fossem. [9]

Embora convencionada a transferência ou a garantia real enquanto pendente a condição (no caso em questão, enquanto estiver em curso o contrato de alienação fiduciária), a eficácia da transferência ou da garantia (nova) fica subordinada ao advento da condição suspensiva correspondente ao cumprimento da obrigação de pagamento da dívida. Não se confunda a alienação da propriedade superveniente com alienação fiduciária de 2º grau (que, como vimos, é inadmissível), pois a alienação fiduciária da propriedade superveniente é uma garantia que incide sobre o futuro direito de propriedade do devedor fiduciante, que, uma vez registrada no Registro de Imóveis, passará a ter eficácia se, e quando, a propriedade fiduciária existente for cancelada por efeito do pagamento da dívida garantida.

O título pelo qual as partes convencionam a transmissão da propriedade superveniente é admitido a registro, com fundamento no art. 167, inc. I, 29, da Lei de Registros Públicos, a qual determina que seja feito no Registro de Imóveis o registro "da compra e venda pura e da condicional".[10]

Tratando-se de transmissão subordinada à condição, o ingresso do bem no patrimônio do adquirente (fiduciário) só se dará quando do implemento da condição, isto é, no momento em que o bem tiver sido incorporado ao patrimônio do fiduciante; caso o fiduciante tenha alienado fiduciariamente a propriedade superveniente de imóvel que se encontre gravado com propriedade fiduciária, essa propriedade só ingressará no patrimônio do novo fiduciário por efeito do cancelamento do registro da propriedade fiduciária existente ao tempo da contratação da nova alienação fiduciária; seus efeitos, entretanto, se reputam realizados contemporaneamente à data da declaração de vontade, como ensina Enneccerus, citado por Caio Mário da Silva Pereira:

> A data da declaração de vontade, ou seja, a da celebração do negócio, é que importa para a constituição do direito condicional, muito embora a sua incorporação ao patrimônio do titular (*adquisitio*) se dê somente no dia do implemento da condição. O princípio tem a maior importância quando houver necessidade de se apurar a qualidade do direito em referência à localização no tempo (*prior in tempore melior in jure*). A anterioridade é computada pela data da celebração do negócio: assim é que a aquisição do domínio, a alienação da propriedade, a constituição da obrigação etc reputam-se realizadas contemporaneamente à declaração de vontade, não obstante a condição somente verificar-se ulteriormente, o que tem grande importância prática em caso de litígio sobre a propriedade, qualidades do crédito em concurso de preferências, eficácia em caso de falência, etc."[11]

Fica claro, assim, que, embora não produza efeito enquanto não realizada a condição, o registro do contrato tem efeito assecuratório do direito subordinado à condição, de modo que, uma vez que esta seja implementada, a qualidade do crédito garantido pela propriedade fiduciária é aquela verificada na data do contrato, ressalvado que, tratando-se de crédito garantido por direito real, a validade deste perante terceiros é determinada pela data do registro.

Disso resulta que, embora o contrato possa ser registrado a qualquer tempo (e obviamente o credor deve promover o registro antes da realização da condição), é necessário fazê-lo desde logo, em data contemporânea à celebração do contrato, pois, do contrário, o credor fiduciário ficará exposto a risco. É que se, antes do registro do contrato de alienação fiduciária, for registrado outro gravame sobre o imóvel, este prevalecerá frente à alienação fiduciária da propriedade fiduciária superveniente não registrada.

Importa salientar, ainda, que, nos termos do art. 1.246 do Código Civil, o registro da alienação fiduciária torna-se eficaz desde o dia em que o contrato for prenotado no Registro de Imóveis, na medida em que dá publicidade ao contrato e assegura a prioridade ao credor garantido pela alienação fiduciária da propriedade superveniente; assim, verificada a condição, aquele registro que, antes, tinha somente efeito assecuratório passa a ter efeito constitutivo, operando a constituição da propriedade fiduciária pelo simples implemento da condição, com a averbação do cancelamento da propriedade fiduciária anterior, sem necessidade de nenhum outro ato de confirmação: o efeito real é automático, sendo necessária apenas a efetiva verificação da condição.

O raciocínio é coerente com o sistema que disciplina as operações imobiliárias e com a noção do negócio jurídico condicional.

Diz Serpa Lopes, referindo-se à venda condicional e invocando Eduardo Espínola, João Luiz Alves, J. M. Carvalho Santos e Luzzati:

[9] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, cit., § 545, nºs 6 e 9.
[10] Lei nº 6.015/1973: "Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: [...] 29. Da compra e venda pura e da condicional".
[11] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 20. ed., 2004, v. I, p. 566.

> transcrita uma venda de imóveis, feita sob condição suspensiva, aplica-se o art. 122 do Código Civil, o qual produz uma retroação. Podem ser então assentes os seguintes princípios: 1º) se a venda sob condição suspensiva for transcrita no próprio dia do contrato, a condição, verificando-se, retroage ao próprio dia, tanto entre as partes como em relação a terceiros; 2º) se for transcrita *medio tempore*, o efeito da condição não vale, em relação a terceiros, senão do dia da transcrição; 3º) se for transcrito somente depois da verificação da condição, o seu efeito, ao invés de decorrer do dia do contrato, produz-se do dia da transcrição.[12]

O mesmo Serpa Lopes esclarece que, feito o registro na pendência da condição, não deve ser feito novo registro: "de modo nenhum. Transcrita a venda condicional, o ato de publicidade fica, sob o ponto de vista orgânico, inteiramente perfeito, completo".

Especificamente em relação à propriedade fiduciária em garantia, o Código Civil a considera transmitida ao credor fiduciário desde a data do registro do contrato no Registro competente, conforme seja móvel ou imóvel o bem objeto da garantia, ao dispor, no § 3º do art. 1.361, que a aquisição da propriedade pelo devedor fiduciante opera a transferência da propriedade fiduciária da propriedade superveniente desde a data do registro do contrato pelo qual esta foi convencionada; o "**arquivamento**" a que se refere esse dispositivo do Código Civil diz respeito ao **registro** do contrato, e essa regra se aplica à propriedade fiduciária de bem imóvel por força do art. 1.368A do Código Civil, segundo o qual aplica-se a norma codificada às diversas espécies de propriedade fiduciária, desde que não incompatível com a legislação especial.[13]

Nesses termos, a disposição do Código Civil adota a concepção de acordo com a qual, segundo Caio Mário da Silva Pereira, verificada a condição,

> [...] tudo se passa como se o negócio fosse puro e simples, e como se o tempo intermediário, entre o momento da declaração de vontade e o do implemento da conditio, não existisse [...] O direito suspenso adquire-se, e se tem como adquirido, *ex tunc*, isto é, desde o momento da declaração de vontade.[14]

Igualmente relevante é a eventualidade de, enquanto pende a condição, o outorgante vir a se tornar incapaz ou alterar seu estado civil; no entanto, tais alterações não produzem qualquer efeito em relação à eficácia do ato de constituição da propriedade fiduciária sobre a propriedade superveniente, pois a eficácia é *ipso jure*, como observa Pontes de Miranda:

> 4. IMPLEMENTO E EFICÁCIA DA CONDIÇÃO. – A eficácia, ao implir-se a condição, é *ipso iure*. Realizada, nasce o crédito, a pretensão, ou a ação, ou se produz a modificação jurídica real (criação, transferência ou cessação do direito real), ou pessoal, que teria de provir do ato de disposição. A ciência dos figurantes, ou seus sucessores, e a sua vontade no momento de se implir a condição, não importam. A vontade, que fixou a condição, foi manifestada no passado e inseriu-se, como determinação inexa, no ato jurídico. Não importa, portanto, ter caído em incapacidade, ou ter morrido o outorgante, ou o outorgado; salvo se só àquele aproveitaria ou se o ato somente poderia ser praticado pelo outorgado, sendo capaz, ou se só ele, embora não capaz, poderia praticar.[15]

Do que precede resulta claro que, para efetiva proteção do credor, o registro deve ser efetivado em data contemporânea à da celebração do contrato, embora só venha a produzir efeito posteriormente, quando do cancelamento da propriedade fiduciária existente ao tempo da contratação da nova alienação fiduciária. A partir desse cancelamento, o novo contrato de alienação fiduciária em garantia seguirá seu curso em conformidade com a configuração que lhe é atribuída pelos arts. 22 e seguintes da Lei nº 9.514/1997. ■

[12] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos Registros Públicos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955; 3ª ed., v. III, p. 375.
[13] Código Civil: "Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial." (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).
[14] PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 560-561.
[15] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, cit., § 545, nº 4.

Foto: JRP Fotografias

O vice-presidente do IRIB, João Pedro Lamana Paiva, detalhou proposta elaborada pelo Instituto, em análise no CNJ

Regularização Imobiliária Nacional – Proposta de Provimento ao CNJ

// João Pedro Lamana Paiva

Registrador titular do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre/RS e vice-presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC/Minas. Graduado em Direito Registral pela Faculdade de Direito da Universidade Ramón Llull Esade – Barcelona, Espanha. Membro do Comitê Latino-americano de Consulta Registral, desde 1986. Diretor institucional da Anoreg/BR. Professor na disciplina de Registros Públicos nas Escolas Superiores da Magistratura (Ajuris) e do Ministério Público (ESMP) e em diversos cursos de especialização em Direito Notarial e Registral.

Sumário

Proposta do IRIB ao CNJ para edição de provimento de regularização imobiliária.

1. Introdução
1.1 Projeto *More Legal* – CGJ-RS
1.2 Projeto *Gleba Legal* – CGJ-RS
2. A proposta de provimento apresentada ao CNJ
2.1 Regularização de imóveis urbanos
2.2 Regularização de imóveis rurais
2.3 Regularização fundiária de acordo com a Lei nº 11.977/2009

1. Introdução

Origem da proposição

A origem da proposta de um provimento nacional decorreu de deliberação aprovada no *Encontro Nacional dos Corregedores-Gerais de Justiça* (Encoge), realizado na cidade de Gramado/RS, no ano de 2012, onde foi aprovada a "Carta de Gramado", na qual se decidiu recomendar às Corregedorias-Gerais da Justiça dos Estados brasileiros que viabilizassem a efetivação de projetos de regularização fundiária, a exemplo dos projetos *More Legal* e *Gleba Legal*, já implantados no Rio Grande do Sul.

Outras experiências

Depois dessa iniciativa do Encoge, estão surgindo provimentos em nível estadual disciplinando a realização de regularização fundiária, que tomaram por base a experiência dos projetos *More Legal* e *Gleba Legal*, do Rio Grande do Sul, tais como:

- Lar Legal – Estado de Santa Catarina.
- Provimento nº 33/2012, da CGJ-ES.
- Novo Código de Normas da CGJ-MG.
- Provimento nº 37/2013 – Estado de Mato Grosso.

Critério de elaboração do provimento nacional

A proposta de provimento foi elaborada a partir da experiência de regularização imobiliária praticada no Rio Grande do Sul, pela Corregedoria-Geral da Justiça, em relação a imóveis urbanos e rurais, desde a década de 1990, com resultados muito positivos para o Estado.

Noção histórica – Dos projetos *More Legal* e *Gleba Legal*, no RS

O projeto *More Legal* foi iniciado no Estado do Rio Grande do Sul a partir da década de 1990, como estratégia da CGJ-RS para regularização de imóveis urbanos.

O projeto *Gleba Legal* foi iniciado no Estado do Rio Grande do Sul a partir do ano de 2005, como estratégia da CGJ-RS para regularização de imóveis rurais.

Propósito do provimento nacional

Possibilitar a regularização de imóveis urbanos ou rurais, exclusivamente pela via extrajudicial, seja pela estremação de parcelas de imóveis consolidados em condomínio, seja mediante a realização de projetos de regularização fundiária baseados na Lei nº 11.977/2009.

Características distintivas entre as duas situações de regularização

A regularização imobiliária realizada por meio da estremação de parcelas de imóveis consolidados em condomínio, pela via extrajudicial, requer prévia titulação ou "princípio de titulação" que induza ao domínio sobre o imóvel a regularizar.

A regularização fundiária proporciona, pela via extrajudicial:

I. o parcelamento de solo e a titulação da propriedade sobre imóveis que constituem apenas propriedade informal; ou

II. a regularização do registro de parcelamentos que se encontrem em situação irregular.

Forma da exposição

Nesta apresentação, vamos expor como são desenvolvidos os projetos *More Legal* e *Gleba Legal* no Rio Grande do Sul, assinalando as eventuais características que foram mudadas na formulação do novo provimento nacional destinado à regularização imobiliária no país.

1.1 *Projetos* More Legal *e* Gleba Legal *– uma experiência da CGJ-RS*

Estratégia da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para a regularização do solo urbano (CNNR-RS), tendo como corregedor o des. Décio Antônio Erpen.

Finalidade do projeto

O projeto *More Legal* visa a atender ao princípio constitucional previsto no art. 5º, inc. XXIII, estabelecendo que "a propriedade atenderá sua função social".

Também, pretende solucionar um problema social, mitigando o número de propriedades informais, atribuindo um título dominial ao possuidor do terreno que se encontra em situação consolidada.

Conceito de "situação consolidada"

Considera-se situação consolidada aquela em que o prazo de ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre

outras situações peculiares, indiquem a irreversibilidade da posse titulada que induza ao domínio.

Para a confirmação de situação jurídica consolidada, será valorado qualquer documento proveniente do poder público.

Novidades introduzidas no projeto *More Legal*

O projeto *More Legal* foi alterado no ano de 2011 a fim de albergar instrumentos de regularização fundiária oriundos da Lei nº 11.977/2009 e outros aperfeiçoamentos.

Um dos artigos que foi introduzido trata da localização de áreas urbanas em condomínio, o qual estabelece ser possível localizar/estremar/individualizar ditas áreas utilizando um método já consagrado no projeto *Gleba Legal*.

A instrumentalização do ato para fins de localização da parcela é feita mediante escritura pública declaratória, com as anuências de todos os confrontantes do terreno/lote a localizar, sejam ou não condôminos na área maior.

Situação consolidada

Hodiernamente, esta situação está merecendo toda a atenção dos entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios), os quais lançam mão de novos diplomas legais para inseri-la sob o pálio da lei, passando a gerar efeitos no Universo Jurídico.

Um exemplo típico dessa afirmação é a nova definição de *situação consolidada* trazida pela Lei nº 11.977/2009.

Formas de regularização

- *Pelo Proprietário/Loteador* (art. 38 da Lei nº 6.766/1979): quando notificado para cumprir com sua obrigação de regularizar o empreendimento.
- *Pelo Possuidor* de qualquer documento que identifique a presença no local (projeto *More Legal*).
- *Pela Municipalidade* (art. 40 da Lei nº 6.766/1979): compete ao município o direito/dever de proceder à regularização quando o loteador não o fizer.

Documentação (art. 512 da CNNR-RS, Provimento CGJ nº 32/2006)

Título de propriedade do imóvel ou, nas hipóteses dos §§ 3º e 4º deste artigo, apenas a certidão atualizada da matrícula.

Certidão negativa de ação real ou reipersecutória, de ônus reais e outros gravames, referente ao imóvel, expedida pelo Ofício do Registro de Imóveis.

Planta do imóvel e memorial descritivo, emitidos ou aprovados pelo município.

Procedimento de regularização

- O interessado deverá apresentar um requerimento dirigido ao oficial do Registro de Imóveis (art. 519, *caput*), instruído com a documentação necessária.
- Exame e qualificação do registrador, a fim de verificar sua regularidade em atenção aos princípios registrais:

a) se favorável, remessa ao juízo competente;
b) o pedido de regularização será encaminhado ao juízo competente: em Porto Alegre, na Vara dos Registros Públicos; no interior, na Vara da Direção do Foro (art. 519, § 1º).

Observação: no provimento nacional, o procedimento vai se desenvolver totalmente perante o Registro de Imóveis.

Se houver impugnação: devolução para correção.

IMPORTANTE: Neste caso, quando a parte não se conformar com as exigências do oficial registrador, o apresentante deverá requerer a suscitação da Dúvida Registral, a qual será julgada concomitantemente com o pedido de regularização.

Procedimentos registrais após a regularização

Regularizado o parcelamento (loteamento, desdobramento, fracionamento ou desdobro) na matrícula do imóvel, os adquirentes de lotes poderão requerer o registro/averbação dos seus contratos.

Os contratos poderão ser ou não padronizados. Também, poderá ocorrer o registro/averbação de um pré-contrato (recibo, arras etc.), gerando direitos reais, quando aquele que se obrigou a concluir o contrato não cumprir a obrigação.

Finalmente, registrado/averbado o contrato ou o pré-contrato, para a aquisição da propriedade plena, faz-se *mister* a outorga da escritura pública definitiva ou, na impossibilidade, a obtenção de sentença em processo de adjudicação, salvo nos casos de parcelamentos populares.

Benefícios

a) Coibir a propriedade informal.
b) Regularizar qualquer imóvel, ainda que rural, ou em condomínio sobre área determinada.
c) A regularização da totalidade da área, ou a subdivisão de apenas uma quadra ou mais.
d) Atualizar o cadastro das municipalidades, para fins tributários.
e) O incremento da economia, pela inserção de novos negócios no Mundo Jurídico Formal.
f) A segurança jurídica e a paz social geradas pelo Sistema Registral Imobiliário.
g) O incremento da economia, pela inserção de novos negócios no Mundo Jurídico Formal.

Impossibilidade de aplicação do projeto

Ficam excluídas as seguintes situações (§ 1º do art. 511):

- áreas de preservação permanente e legal;

- unidades de conservação de proteção integral;
- terras indígenas;
- outros casos previstos em lei, como as áreas de quilombo.

SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS
REGISTRO DE IMÓVEIS
COMARCA DE SAPUCAIA DO SUL - RS
LIVRO Nº 2 - REGISTRO GERAL

Sapucaia do Sul, 21 de agosto de 2013

FICHA	MATRÍCULA
1	39.130

IMÓVEL - **LOTE URBANO** sob o número um **(1)** da quadra número quatro **(4)** do setor **04H61** do mapeamento geral e da planta da regularização do denominado loteamento **"Renascer"**, de esquina, de forma irregular, com a área superficial de duzentos e vinte metros e noventa e oito decímetros quadrados **(220,98m²)**, situado na Rua Realidade, lado ÍMPAR, esquina com a Avenida Coronel Theodomiro Porto da Fonseca, no **Bairro Ipiranga**, nesta cidade, com as seguintes dimensões e confrontações: **AO NOROESTE**, na extensão de nove metros e oitenta centímetros **(9,80m)**, com o alinhamento da Rua Realidade; **AO SUDESTE**, na extensão de doze metros e cinquenta e cinco centímetros **(12,55m)**, com o denominado loteamento "Morada do Bosque", de propriedade da Apoterma Construção Civil Ltda.; **AO SUDOESTE**, na extensão de vinte metros e vinte e cinco centímetros **(20,25m)**, com o lote número dois (2); e **AO NORDESTE**, na extensão de vinte metros **(20,00m)**, com o alinhamento da Avenida Coronel Theodomiro Porto da Fonseca.-

QUARTEIRÃO - É formado pela Rua Realidade, pela Avenida Coronel Theodomiro Porto da Fonseca e por terras do loteamento Morada do Bosque.-

PROPRIETÁRIA - **ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA RENASCER**, com sede em Avenida Coronel Theodomiro Porto da Fonseca nº 2.894, nesta cidade, com CNPJ sob nº 02.064.213/0001-02.-

TÍTULO AQUISITIVO - **M-18.776** do livro 2-RG, de 12/11/1997, objeto do **R-2/18.776**, de 24/07/1998 e do **R-5/18.776**, de 21/08/2013 - **Projeto More Legal IV** - deste ofício.-

PROTOCOLO - Título apontado sob o número **76.391**, em 19/12/2011.-

Sapucaia do Sul, 21 de agosto de 2013.-

Registrador ou Substituto:

EMOLUMENTOS - R$11,60. Selo de Fiscalização 0314.00.1300002.29613 - afv

Novidades do *More Legal* IV (Provimento nº 21/2011 – CGJ-RS)

Por esse novo provimento, o *More Legal* albergou, em suas disposições, os instrumentos de regularização fundiária contemplados pela Lei nº 11.977 (regularização fundiária de interesse social, regularização fundiária de interesse específico e regularização fundiária de antigos loteamentos, anteriores à Lei nº 6.766/1979).

O novo art. 526-A passou a autorizar o registro de contratos relativos a "situações em condomínio".

A grande inovação trazida por esse provimento (art. 526-C) foi a possibilidade de regularizar parcelas de imóveis urbanos, registrados em condomínio, em situação *pro diviso* (a localizar), utilizando os procedimentos já consagrados no projeto *Gleba Legal*, ou seja, por meio de escritura pública declaratória na qual a estremação é realizada mediante a intervenção de todos os confrontantes da parcela a localizar, inclusive com possibilidade de retificação (art. 530 e seguintes) e posterior ingresso da escritura no Registro de Imóveis.

Apesar de sua recente edição, o Provimento nº 21/2011 já saiu defasado quanto à alteração promovida na Lei nº 11.977 pela Lei nº 12.424 relativamente à usucapião administrativa que não mais ficou limitada a terrenos de até 250m² e prazo aquisitivo de 5 anos, podendo atingir terrenos com maior metragem, observando, entretanto, os prazos de usucapião extraordinária ou ordinária (5 anos com justo título ou 10 anos sem justo título) para a conversão do título de legitimação de posse em título de propriedade.

Essas hipóteses são as dos arts. 1.234, Parágrafo único, e 1.240, Parágrafo único, do Código Civil (exigem moradia no lugar).

Também não fez menção à novíssima hipótese de usucapião, acrescida ao Código Civil (art. 1240-A) pela Lei nº 12.424 (denominada de *usucapião familiar,* por *abandono do lar* ou, ainda, usucapião *entre cônjuges*), com prazo aquisitivo de 2 anos após o abandono da moradia conjugal que tenha área de até 250 m², a qual, com certeza, há de aplicar-se grandemente àqueles que tenham adquirido essa propriedade pela usucapião constitucional extrajudicial.

Por derradeiro, há o estabelecimento de isenção de emolumentos em duas hipóteses (art. 526-M):

a) para o primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas e em áreas rurais de agricultura familiar;
b) para a primeira averbação de construção residencial de até 70 m² edificada em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social.

O registro e a averbação de que tratam os incs. I e II do *caput* deste artigo independem da comprovação do pagamento de quaisquer tributos, inclusive previdenciários (ver art. 290-A da LRP, acrescido pela Lei nº 11.481/2007).

IMPORTANTE:

1) as disposições do art. 526-M possibilitam concluir, tendo em conta que os procedimentos do *More Legal* destinam-se a contemplar a regularização de situações consolidadas, que essa regularização é do todo, ou seja, do terreno e da edificação sobre ele erigida.
2) a dispensa do pagamento de emolumentos, nas hipóteses referidas, parece estar em harmonia com o que foi estabelecido pelo art. 8º da Lei nº 12.424/2011, ao acrescentar a alínea "e" ao § 6º do art. 47 da Lei nº 8.212/1991 (seguridade social), para o fim de não exigência da CND nesses casos.

1.2 Projeto *Gleba Legal*

Estratégia da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul para mitigar as irregularidades das propriedades rurais, tendo como corregedor o des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto.

Diploma Legal

Arts. 527 e seguintes do Provimento nº 32/2006-CGJ/RS, oriundo do Provimento nº 07/2005-CGJ/RS.

Legislação correlata

- Lei nº 4.504/1964.
- Lei nº 4.947/1966.
- Lei nº 5.868/1972.
- Lei nº 6.015/1973.
- Lei nº 6.739/1979.
- Constituição Federal/1988.
- Lei nº 9.393/1996.
- Lei nº 10.267/2001.
- Decreto nº 4.449/2002.
- Lei nº 10.931/2004.
- Decreto nº 5.570/2005.

Origem do problema

Ausência de preocupação do legislador com a formação de condomínios *pro diviso*.

O Estatuto da Terra impôs, pelo estabelecimento da fração mínima de parcelamento, a escrituração e o Registro de Imóveis rurais como frações/partes ideais, impedindo a sua correta definição/localização e impondo a criação de milhares de condomínios irreais.

Até o advento do Estatuto da Terra, por não haver restrição, o imóvel rural podia ser fracionado, independentemente da área. Tal sistema funcionava perfeitamente.

Em virtude de terem sido gerados registros deficientes e não correspondentes à realidade (fração ideal), os pequenos proprietários rurais têm enormes dificuldades de dispor e de onerar seus imóveis, atitudes imprescindíveis para que possam produzir.

Tal situação impede o desenvolvimento da política agrícola nacional, contrariando preceitos constitucionais estabelecidos.

O que é o projeto *Gleba Legal*?

É um procedimento de jurisdição voluntária instituído por um provimento administrativo editado pela Corregedoria-Geral da Justiça, que tem por finalidade a regularização de parcelas de imóveis rurais, registradas em condomínio, porém em situação consolidada e localizada (*pro diviso*), através de um mecanismo mais prático, rápido e ágil.

Tal regularização abrange quaisquer glebas rurais, sem distinção entre as oriundas de condomínios, em que é impossível definir a área maior e seus respectivos condôminos daquelas dentro de área maior identificada e da qual sejam eles conhecidos (art. 527, Parágrafo único).

Procedimentos para regularização (arts. 528 e seguintes)

- Deverá ser respeitada a fração mínima de parcelamento.
- A identificação da parcela deverá observar os requisitos da matrícula (arts. 176, II, nº 3, e 225 da Lei nº 6.015/1973 – LRP).
- A localização da parcela será feita mediante escritura pública declaratória, por declaração do proprietário, com a anuência de todos os confrontantes da parcela a ser extremada, devendo contar, no mínimo, com 5 (cinco) anos de posse (arts. 528 e 529).
- Admite-se *accessio possessionis*: soma da posse atual com a dos antecessores para fins de contagem do prazo.
- Na falta das anuências, admite-se a notificação dos lindeiros (mesmo procedimento criado pela Lei nº 10.931/2004), conforme parágrafos do art. 528.
- No caso em que o imóvel (parcela) a ser localizado fizer divisa com vias públicas (estradas, rua, travessa, corredor etc. ou sanga, arroio, rio, lago e mar), não há necessidade da participação do município, do estado ou da União ou de seus órgãos representativos na escritura pública declaratória (Provimento nº 1º/2008-CGJ).
- A adoção do procedimento de localização não impede a realização da divisão, inclusive judicial, nem afasta a aplicação da Lei nº 10.267/2001 (exigência do georreferenciamento), conforme estabelecem os arts. 8º e 10.
- Não será necessária a intervenção do Ministério Público nem do Poder Judiciário.

Espécies de localização e documentação necessária

Localização simples (art. 531):

- desnecessária a retificação da descrição do imóvel;
- dispensável a apresentação de planta, memorial descritivo e anotação de responsabilidade técnica (ART), quando se

tratar de imóveis sem medidas lineares, apenas com a área total em metros quadrados ou em hectares);
- necessidade de apresentação das certidões de ações reais e pessoais reipersecutórias, e a de ônus reais (art. 1º, inc. IV, do Decreto nº 93.240/1986), do CCIR e do pagamento do ITR nos últimos 5 anos.

Localização cumulada com retificação (art. 531, § 2º):

- necessária a apresentação de planta, memorial descritivo e anotação de responsabilidade técnica (ART);
- necessidade de apresentação das certidões de ações reais e pessoais reipersecutórias, de ônus reais (art. 1º, inc. IV, do Decreto nº 93.240/1986), do CCIR e do pagamento do ITR nos últimos 5 anos.

Observação: por não se tratar de divisão, não será necessária a apresentação de guia de recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

Cautelas do registrador (art. 535)

- Hipoteca: dispensa anuência do credor, mas o registrador comunicará o ocorrido.
- Penhora comum: dispensa autorização judicial, mas o registrador comunicará ao juízo competente.
- Penhora a favor do INSS: exige a anuência do credor.
- Anticrese: exige a anuência do credor.
- Propriedade fiduciária: deverão comparecer, juntos, o fiduciante e o fiduciário.
- Usufruto: deverão comparecer juntos o nu-proprietário e o usufrutuário.
- Indisponibilidade por ordem judicial: não será possível a localização.
- Arrolamento fiscal: é possível a localização, mas o registrador comunicará o ocorrido.
- Outros ônus, cláusulas e gravames: aplicável a regra qualificatória inerente às escrituras públicas de divisão.

Benefícios diretos

a) Mitigar a formação e a manutenção de condomínios *pro diviso*.
b) Outorgar ao proprietário certeza quanto à coisa que integra seu patrimônio.
c) Segurança jurídica para todos.

Impossibilidade de aplicação do projeto (Lei nº 5.868/1972)

Glebas inferiores à fração mínima de parcelamento:

Entendemos que as glebas inferiores à fração mínima de parcelamento devem ter acesso ao álbum imobiliário, a fim de dar plena eficácia ao projeto *Gleba Legal* e à própria definição do imóvel rural fornecida pela Lei nº 5.868/1972.

Contudo, a regularização desse tipo de gleba requer muito cuidado e cautela, sendo necessária uma regulamentação, com ampla participação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra).

Algumas observações sobre o projeto *Gleba Legal*

A área titulada não poderá ser alterada quando da *localização*, salvo se o procedimento for *cumulado com retificação*.

No caso de localização privilegiada, deverá ser realizada a *divisão* com *caráter econômico* e não o projeto *Gleba Legal*.

2. A proposta de provimento apresentada à Corregedoria Nacional do CNJ

Estrutura do provimento

O provimento proposto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) está estruturado em três capítulos, que dispõem sobre os seguintes assuntos:

I – regularização de imóveis urbanos;
II – regularização de imóveis rurais;
III – regularização fundiária de acordo com a Lei nº 11.977/2009.

Intenção do provimento

O provimento proposto visa a estruturar uma regulamentação dos institutos já contemplados na Lei nº 11.977/2009, procurando oferecer ao registrador uma norma que dá uma organização consentânea às normas relacionadas a esse tema central.

Além disso, oferece instrumentos alternativos destinados à regularização de imóveis urbanos e rurais para situações que não seriam resolvidas pela legislação de regularização fundiária existente, o que constitui a inovação introduzida por esse provimento.

2.1 Regularização de imóveis urbanos

Aplicação a imóveis urbanos

A regularização e o registro de desmembramento, fracionamento ou desdobro de imóveis urbanos ou urbanizados, incluindo situações em condomínio, ainda que localizados em zona rural, nos casos especificados, poderão ser promovidos em sede de procedimento administrativo perante o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição imobiliária, obedecendo ao disposto neste provimento (art. 1º do Provimento).

Necessidade de título ou registro prévios

As hipóteses de regularização previstas neste provimento, exceto a regularização fundiária de interesse social com projeto aprovado nos termos da Lei nº 11.977/2009, de que trata o capítulo III,

exigem, em relação ao imóvel regularizando, a existência de prévio título, registro, matrícula ou transcrição (art. 2º do Provimento).

Conceito de situação consolidada

O conceito de *situação consolidada* adotado pelo provimento é o mesmo do projeto *More Legal* do RS, o qual foi adotado posteriormente pela CGJ-SP em seu provimento e que é mais eclético que o contemplado na Lei nº 11.977, porque amplia a possibilidade de avaliação e julgamento das situações concretas que se podem apresentar. Textualmente, é este o texto do dispositivo (§ 1º do art. 3º):

> Considera-se situação consolidada, para efeitos deste provimento, aquela em que o prazo de ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre outras situações peculiares, indique a irreversibilidade da posse titulada que induza ao domínio.

Do procedimento

> Art. 7º – O pedido de regularização de lote individualizado, de quarteirão ou da totalidade da área, será apresentado perante o Ofício do Registro Imobiliário da situação do imóvel, onde será protocolado e autuado, verificada sua regularidade em atenção aos princípios registrais.

- Documentos que instruem o pedido:

I. título de propriedade do imóvel ou, nas hipóteses dos parágrafos 3º e 4º deste artigo, apenas da certidão de matrícula;
II. certidão de ação real ou reipersecutória, de ônus reais e outros gravames, referente ao imóvel, expedida pelo Ofício do Registro de Imóveis;
III. planta do imóvel e memorial descritivo, emitidos ou aprovados pelo município. Havendo impugnação pelo oficial e não se conformando, o interessado, com a exigência, caberá suscitação de dúvida.

- o oficial manda publicar edital com prazo de 15 dias para manifestação de terceiros;
- não havendo impugnação, será feito o registro/averbação;
- se necessário, será promovida retificação;
- regularizado o parcelamento, os adquirentes dos lotes poderão requerer registro de seus contratos ou pré-contratos;
- a outorga da propriedade será feita mediante escritura pública ou sentença de adjudicação, se não se tratar de parcelamentos populares;
- o cancelamento de matrículas abertas será mediante processos contenciosos, nos casos previstos em lei, ou mediante pedido fundamentado do oficial ao juiz de Direito.

Da estremação do imóvel urbano

Em imóveis situados nos perímetros urbanos, assim como em locais urbanizados, de cujos assentos conste estado de comunhão, mas que, na realidade, se apresentem individualizados e em situação jurídica consolidada, o oficial do Registro de Imóveis poderá autorizar o registro da identificação de uma ou de cada uma das frações, observado o seguinte:

- anuência dos confrontantes da fração do imóvel que se quer localizar;
- identificação da fração de acordo com o disposto em lei (art. 14);
- instrumentalização do ato para fins de localização da parcela será feita mediante escritura pública declaratória, ou por instrumento particular (art. 24);
- a intervenção, na escritura pública, ou no instrumento particular, de todos os confrontantes da gleba a localizar, sejam ou não condôminos na área maior, é obrigatória;
- as assinaturas deverão ter suas firmas reconhecidas quando utilizado o instrumento particular.

Exemplo de estremação

- Matrícula (mãe) nº 1.987.
- *Imóvel* – uma área de terras, urbana, de forma irregular, com a área superficial de vinte e cinco mil metros quadrados (25.000.00 m²), situada na Rua Dos Imigrantes, lado PAR,

Segundo Lamana Paiva, o provimento para regularização imobiliária nacional vai abranger também os imóveis rurais

no Bairro São José, nesta cidade, com as seguintes confrontações: *ao norte*, com o imóvel de propriedade de Fulano de Tal; *ao sul*, com o imóvel de propriedade do espólio de Sicrano de Tal; *ao leste*, com a Estrada Dos Imigrantes; e *ao oeste*, com imóvel de propriedade de Beltrano de Tal.

- *Quarteirão* – é formado pelas _____.
- *Proprietários* – Beltrano de tal e sua esposa Fulana de Tal, falecidos, que eram brasileiros, inscritos no CPF/MF sob os números 001.002.003-04 e 002.003.004-05, casados pelo regime da comunhão "universal" de bens, anteriormente à vigência da Lei nº 6.515/1977.
- *Título aquisitivo* – T-3.263, folha 70 do livro 3-I, de 31 de março de 1929 do Registro de Imóveis de São Leopoldo – RS, conforme certidão expedida em 30 de dezembro de 1976, arquivada nesta serventia sob o número 98 – Pasta 4/1977.
- Registrador e/ou substituto: _____.
- Emolumentos
- R-1/1.987 – em 1º de fevereiro de 1977.
- *Título* – legítimas paterna e materna.
- *Transmitentes* – os espólios de Beltrano de Tal e de Fulana de Tal.
- *Adquirente* – Fulana de Tal, _____.
- *Forma do Título* – formal de partilha passado em _____ (idem ao anterior).
- *Imóvel* – a parte ideal equivalente a 1/10 do imóvel objeto desta matrícula.
- *Valor* – no imóvel objeto desta matrícula, avaliado para efeitos fiscais em Cr$ 350.000,00, o valor de Cr$ 35.000,00.
- *Condições* – não constam.
- *Protocolo* – Título apontado sob o número _____, em 1º/2/1977.
- Sapucaia do Sul, 4 de fevereiro de 1977.
- Registrador e/ou substituto: _____.
- Emolumentos.

Continuação dos R-2 A R-12/1987

- *13/1.987* – Em 13 de dezembro de 1986.
- *Título* – Compra e venda.
- *Transmitente* – Sicrano de Tal, já qualificado, proprietário nº R-8.
- *Adquirente* – Sicrana de Tal _____.
- *Forma do Título* – escritura pública de _____.
- *Imóvel* – a parte ideal equivalente a 2,4%, ou seja, 600,00 m² do imóvel objeto desta matrícula.
- *Valor* – Adquirido por Cz$ 1.000,00 (um mil cruzados) e avaliado para efeitos fiscais em Cz$ 13.000,00 (treze mil cruzados).
- *Condições* – não constam.
- *Protocolo* – título apontado sob o número _____, em 13/12/1986.
- Sapucaia do Sul, 15 de dezembro de 1986.
- Registrador e/ou substituto: _____.
- Emolumentos.

Continuação dos R-14 AO R-16

- *R-17/1987*(R-dezessete/um mil e novecentos e oitenta e sete), em 28/7/2011.
- *Localização de parcela em condomínio pro diviso* – projeto *More Legal IV* – nos termos da escritura pública de _____ fica constando que a proprietária nº R-13, da parte ideal equivalente a seiscentos metros quadrados (600,00 m²), dentro do todo maior do imóvel objeto desta matrícula, SICRANA DE TAL _____, com a anuência expressa da condômina Marianinha de Tal, _____e, Pitangueira de Pomar, _____ e com as anuências presumidas, na qualidade de confrontantes/lindeiros do condômino Florestino de Acácio, através de notificação extrajudicial realizada pelo registro de títulos e documentos de Cacimbinha-RS e do edital de notificação nos termos dos parágrafos 1º ao 4º do art. 530 da consolidação normativa notarial e registral – provimento 32/2006-CGJ, publicado no Jornal VS, nos dias _____, sem contestação no prazo legal; e, Bergamota de Goiabeira, através de notificação extrajudicial realizada pelo registro de títulos e documentos desta Comarca, localizou sua parcela de imóvel urbano *pro diviso*, nos termos do art. 526-C do mesmo diploma legal – Projeto "MORE LEGAL IV", a qual apresenta a seguinte descrição e caracterização: TERRENO URBANO constituído do lote número um (1) da quadra número um (1) de uma planta particular, que no mapeamento geral corresponde ao lote número um (1) da quadra número um (1) do setor 04H08, de forma retangular, com a área superficial de seiscentos metros quadrados (600,00 m²), situado na Rua Dos Imigrantes, nesta cidade, distante a face leste dez metros (10,00 m) da esquina formada com a Rua Marianinha, com as seguintes dimensões e confrontações; AO NORTE, na extensão de dez metros (10,00 m), com o alinhamento da Rua Dos Imigrantes, onde faz frente; AO SUL, na mesma extensão, com parte do lote número doze (12) de propriedade de Marianinha de Tal; AO LESTE, na extensão de sessenta metros (60,00 m), com o lote número dois (2) de propriedade de Pitangueira de Pomar; e AO OESTE, na mesma extensão, com os lotes número três (3) de propriedade de Florestino de Acácio, e quatro (4) de propriedade de Bergamota de Goiabeira, sendo o quarteirão formado pelas Ruas Dos Imigrantes, Marianinha, Vinte e Cinco de Outubro e Primeiro de Março.
- *Protocolo* – Título apontado sob o número ____, em 28/7/2011.
- Sapucaia do Sul, 29 de julho de 2011.
- Registrador e/ou Substituto: _____.
- Emolumentos.
- AV-18/1987(AV-dezoito/um mil e novecentos e oitenta e sete), em 28 de julho de 2011.
- Abertura de matrícula em virtude de localização de parcela em condomínio *pro diviso* – projeto *More Legal IV* – Nos termos da escritura pública de _____, fica constando que em virtude do terreno/lote, com a área superficial de seiscentos metros quadrados (600,00 m²), de propriedade de SICRANA DE TAL, ter sido localizado e estremado, conforme R-17, ele foi matriculado nesta serventia sob o número 40.000 do livro 2-registro geral.
- *Protocolo* – Título apontado sob o número____, em 28/7/2011.
- Sapucaia do Sul, 29 de julho de 2011.

- Registrador e/ou Substituto: _____.
- Emolumentos.
- Abertura da matrícula do terreno/lote localizado/extremando m-40.000.
- *Imóvel* – Terreno urbano constituído do lote número um (1) da quadra número um (1) de uma planta particular, que no mapeamento geral corresponde ao lote número um (1) da quadra número um (1) do setor 04H08, de forma retangular, com a área superficial de seiscentos metros quadrados (600,00 m²), situado na Rua Dos Imigrantes, nesta cidade, distante a face leste dez metros (10,00 m) da esquina formada com a Rua Marianinha, com as seguintes dimensões e confrontações; *ao norte*, na extensão de dez metros (10,00 m), com o alinhamento da Rua Dos Imigrantes, onde faz frente; *ao sul*, na mesma extensão, com parte do lote número doze (12) de propriedade de Marianinha de Tal; *ao leste*, na extensão de sessenta metros (60,00 m), com o lote número dois (2) de propriedade de Pitangueira de Pomar; e *ao oeste*, na mesma extensão, com os lotes número três (3) de propriedade de Florestino de Acácio, e quatro (4) de propriedade de Bergamota de Goiabeira.
- *Quarteirão* – É formado pelas Ruas Dos Imigrantes, Marianinha, Vinte e Cinco de Outubro e Primeiro de Março.
- *Proprietária* – Sicrana de Tal, _____.
- *Título aquisitivo* – M-1.987 do livro 2-registro geral, de 1º de fevereiro de 1977, objeto do R-13/20.773, de 3 de dezembro de 1986 e do R-17/1987, de 28 de julho de 2011 – projeto *More Legal IV* – desta serventia.
- *Protocolo* – Título apontado sob o número _____, em 28/7/2011, conforme escritura pública de _____.
- Sapucaia do Sul, 29 de julho de 2011.
- Registrador e/ou Substituto: _____.
- Emolumentos.

2.2 Regularização de imóveis rurais

Aplicação a imóveis rurais

A regularização de parcelas de imóveis rurais registradas em condomínio, porém em situação localizada, ou seja, *pro diviso*, poderá ser promovida em sede de procedimento administrativo, perante o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição imobiliária, obedecendo ao disposto neste provimento (art. 21 do provimento).

Estremação de imóvel rural

A instrumentalização do ato para fins de localização das parcelas será feita mediante escritura pública declaratória, ou por instrumento particular.

- Obrigatória a intervenção, na escritura pública, ou no instrumento particular, de todos os confrontantes da gleba a localizar, sejam ou não condôminos na área maior.
- Quando utilizado o instrumento particular, as assinaturas deverão ter suas firmas reconhecidas (art. 24 do provimento).

Do Procedimento

Para a lavratura da escritura:

- a posse do interessado na regularização deve ser de 5 anos, no mínimo, admitida a *accessio possessionis* (acrescer o tempo do possuidor anterior);
- basta a declaração de posse corroborada pelos lindeiros;
- deve ser respeitada a fração mínima de parcelamento;
- não é necessária a intervenção dos entes federados;
- deve ser apresentado o CCIR;
- prova de quitação do ITR;
- certidão das benfeitorias, passada pelo município;
- planta e memorial descritivo (que será enviado ao RI);
- ART/Crea ou RRT/CAU (que serão enviadas ao RI);
- a escritura pública será apresentada ao Registro de Imóveis de localização do imóvel;
- o registrador localizará a gleba lavrando ato de registro, a exemplo das escrituras de divisão, com abertura de matrícula;
- os emolumentos são os correspondentes às divisões e às extinções de condomínio;
- o georreferenciamento da parcela será exigido de acordo com as normas da legislação federal;
- há de se ter cuidado com eventuais **cláusulas, ônus ou gravames** sobre a parcela objeto da localização, tais como:
- hipoteca – não será necessária a anuência do credor hipotecário;
- penhora – não será necessária prévia autorização judicial;
- propriedade fiduciária – a localização da parcela será instrumentalizada em conjunto, pelo credor e devedor;
- usufruto – a localização será obrigatoriamente firmada pelo nu-proprietário e pelo usufrutuário.

2.3 Regularização fundiária de acordo com a Lei nº 11.977/2009

O desenvolvimento do tema relativo à regularização fundiária de acordo com a Lei nº 11.977/2009, tal seja, mediante projetos de regularização, no âmbito do provimento nacional, tem caráter de texto complementar, em vista de que procurou harmonizar as normas já editadas, relativas à matéria, visando a facilitar a aplicação das normas existentes, pelos registradores imobiliários.

Reflexão final

Pelo que podemos avaliar do todo o exposto, verifica-se que ainda há muito o que realizar nas áreas notarial e registral.

Assim, é preciso que a sociedade saiba o que fazemos e o que representamos.

Os registradores e notários devem dar conhecimento da importância de suas atividades aos usuários.

Só assim manteremos a confiabilidade em nossos serviços. ■

Foto: Carlos Petelinkar

Marcelo Cunha, representante do Incra, apresentou as funcionalidades do Sistema de Gestão Fundiária (Sigef)

Automação do georreferenciamento

// Marcelo Cunha

Analista em Reforma e Desenvolvimento Agrário do Incra desde 2006. Membro do Comitê Regional de Certificação de Imóveis Rurais da Superintendência Regional do Incra em Minas Gerais; coordenador-geral de Cartografia do Incra de 2009 a 2012. Mestre em Ciências Geodésicas com ênfase em posicionamento por satélite pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Engenheiro Agrimensor pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Professor universitário – UNIDERP/MS, Redentor/RJ, Santa Marcelina/MG (período de 1997/2006) e do Centro Universitário UNA – Belo Horizonte/MG (a partir de 2013).

1. Estrutura fundiária brasileira: Estado da arte

A estrutura fundiária é a forma como a terra se divide em propriedades em relação à dimensão e a forma de acesso. No Brasil, a estrutura fundiária é complexa desde sua origem. Os períodos da Colônia, Império e República construíram um mosaico irregular de ocupação das terras no Brasil marcado pela exploração economicista, degradação ambiental, destrato às pessoas, descumprimento das leis e concentração de terras (DANTAS, 2009).

Do descobrimento do Brasil até a Lei nº 601/1850, considerada como a primeira lei de terras do Brasil, o lapso temporal com ausência de legislação específica foi extremamente danoso, formando a complexa e atual ocupação do meio rural brasileiro, haja vista ainda tratarmos nos dias atuais de "terras devolutas" ou terras sem destinação.

O enfrentamento da desordem crescente na ocupação de terras por mera posse, o aumento dos conflitos fundiários e o descumprimento das obrigações constantes das cartas de concessão de sesmarias ocorrem a partir de 1850, iniciando com a Lei nº 601/1850 e outras que a sucederam, em especial, a Lei nº 6.015/1973 (DANTAS, 2009).

Foram muitos os avanços na legislação e a tentativa de ordenar a dominialidade no meio rural brasileiro, mas mesmo a Lei nº 6.015/1973 era falha na especialização do imóvel no que se refere à sua localização geográfica. Era necessário avançar ainda mais, pois não existia um cadastro gráfico das propriedades rurais brasileiras e isso contribuía enormemente para a proliferação da grilagem de terras e das posses irregulares.

Surgem no ano de 2001 as alterações na Lei nº 6.015/1973 trazidas pela Lei nº 10.267/2001. A solução tão almejada para perfeita especialização do imóvel, atribuindo aos vértices definidores do seu perímetro coordenadas referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro (SGB), finalmente foi inserida na legislação brasileira. Dessa forma, impõem-se um sistema único de localização dos imóveis, permitindo a construção da malha fundiária nacional. As alterações foram além, elas definiram que o Estado é quem define a precisão e a metodologia de determinação das coordenadas.

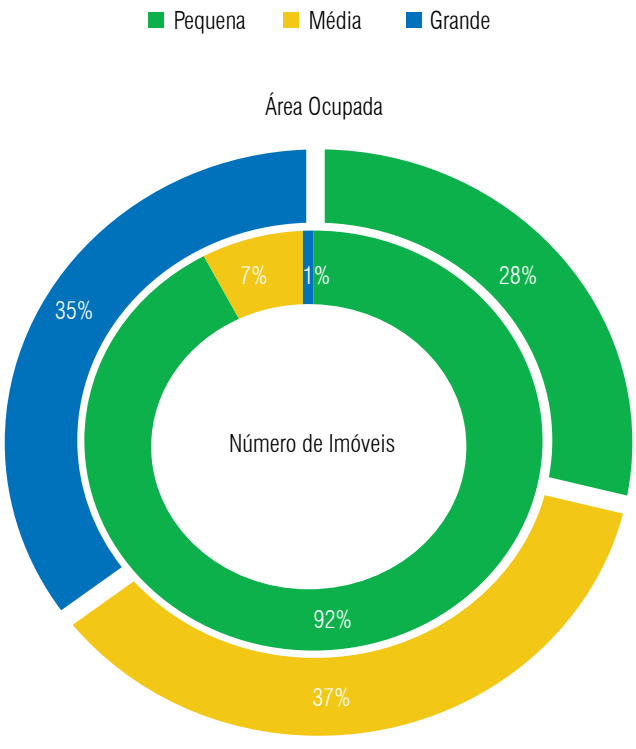
Com isso, as alterações feitas na Lei nº 6.015/1973 garantem não só um referencial único para coordenadas dos vértices que definem os limites dos imóveis, mas também a forma e a precisão para alcançá-las. Com isso, temos a padronização de todos os trabalhos topográficos em território nacional para fins de registro público.

A adoção de coordenadas referenciadas ao SGB foi denominada na legislação como georreferenciamento do levantamento topográfico executado em campo. Pois bem, o georreferenciamento tornou-se – a partir do ano de 2004, início da certificação dos imóveis junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) – um agregador de valores ao registro público. Trouxe maior rigor na definição dos limites dos imóveis, padronização na definição desses limites e mais segurança jurídica ao garantir a existência *in loco* dos limites e a unicidade destes.

A falta de especialização inequívoca da propriedade rural acompanhou o Brasil por mais de cinco séculos e atrasou a consolidação de políticas fundiárias, que são estratégicas ao enfrentamento dos desafios do desenvolvimento sustentável, da segurança alimentar, da moradia, da administração da diversidade do direito sobre a terra e dos recursos naturais renováveis, da conservação da biodiversidade, da prevenção e da regulação de conflitos.

A formação concentradora de terras do Brasil-Colônia perdura até os dias atuais. O Brasil conta com mais de 5,85 milhões de imóveis rurais cadastrados no Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR) do Incra. Desse total, 1% é composto por grandes propriedades rurais que ocupam 35% do território nacional. As médias propriedades representam 7% do total e ocupam uma área equivalente a 37% do território nacional. As pequenas propriedades representam 92% dos imóveis cadastrados e ocupam uma área de 28% do território nacional. Confrontando esses dados, verifica-se que pouco mais de 50 mil imóveis ocupam mais de um terço do território nacional, ou seja, uma grande extensão do território concentrada em poucos imóveis, consequentemente, sob o domínio de poucos. Deve-se aqui ressaltar que a União é parte integrante dessa fatia de grandes propriedades, tendo em vista as extensas áreas sob jurisdição federal, principalmente na região Norte do país. A Figura 1, a seguir, ilustra os dados supramencionados.

Figura 1: Estrutura fundiária brasileira

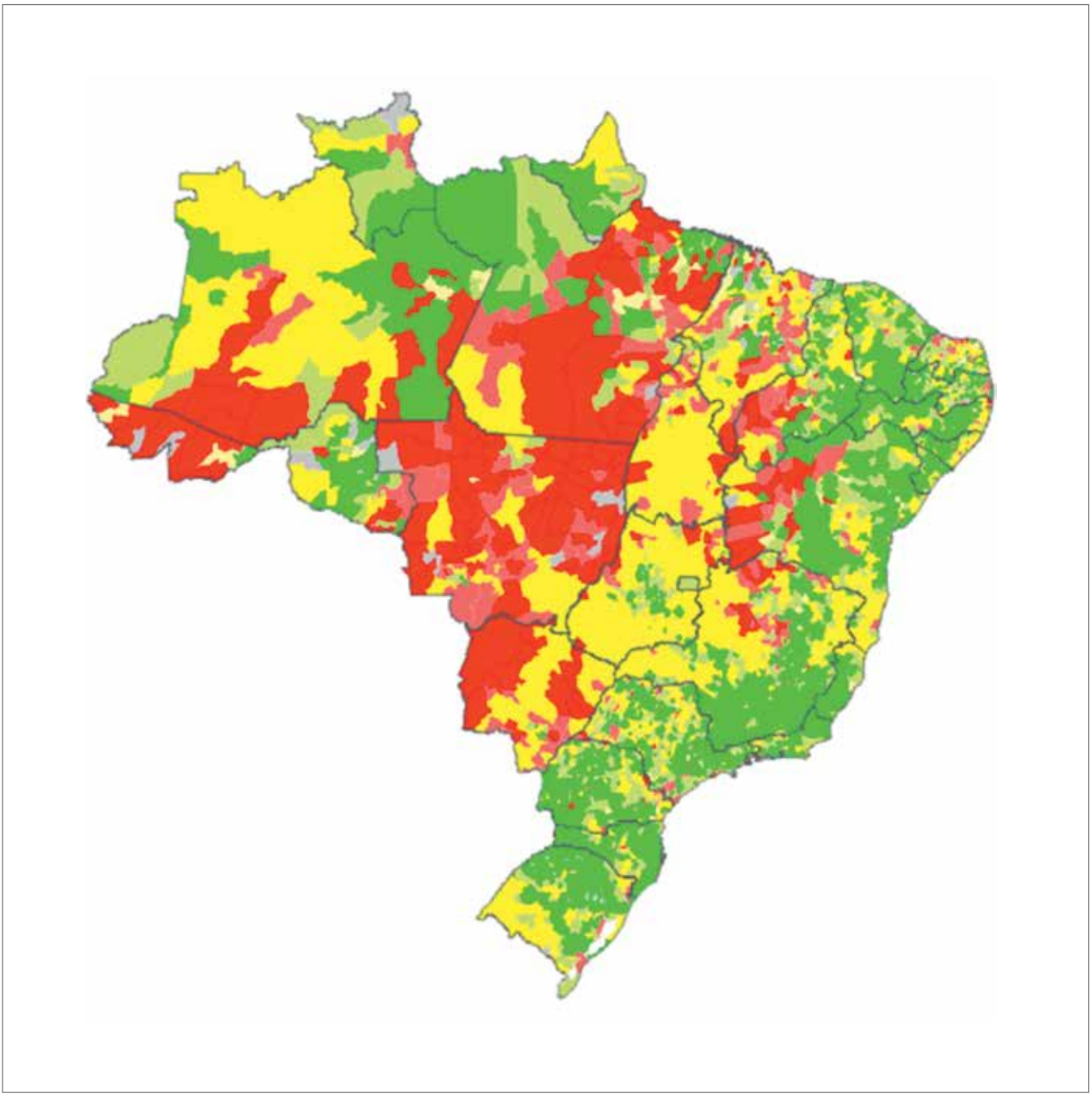


Fonte: Sistema Nacional de Cadastro Rural do Incra. Adaptado de GIRARDI (2008).

Para fins de esclarecimento, o módulo fiscal, criado pela Lei nº 6.746/1979, é uma unidade de medida expressa em hectares, fixada para cada Município, considerando: a) tipo de exploração predominante no Município; b) renda obtida com a exploração predominante; c) outras explorações existentes no Município que, embora não predominantes, sejam significativas em função da renda e da área utilizada; d) conceito de propriedade familiar. O módulo fiscal no Brasil varia entre 5 ha a 110 ha. De acordo com a Lei nº 8.629/1993, grandes propriedades são aquelas cuja área é maior que 15 módulos fiscais; as médias propriedades são aquelas cuja área está entre 4 e 15 módulos fiscais; e as pequenas propriedades são aquelas cuja área é inferior a 4 módulos fiscais.

A Figura 2, abaixo, ilustra a localização de pequenas, médias e grandes propriedades no Brasil. Embora a metodologia utilizada por Girardi (2008) tenha sido diversa da Lei nº 8.269/1993, a configuração final não difere, ou seja, a diferença gráfica ao se usar uma ou outra definição não é representativa, já que o objetivo, aqui, é simplesmente verificar de forma expedita a espacialização das categorias de propriedade. A metodologia utilizada por Girardi (2008) considera como: a) pequena propriedade aquelas com até 200 ha; b) média propriedade aquelas que estão entre 200 ha e 2.000 ha; e c) grande propriedade aquelas com área acima de 2.000 ha. O mapa demonstra uma vasta concentração de grandes propriedades nas regiões Norte e Centro-Oeste do Brasil e de pequenas propriedades nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste.

Figura 2: Mapa da estrutura fundiária brasileira



Fonte: GIRARDI (2008).

2. Acervo fundiário do meio rural brasileiro

A Diretoria de Ordenamento da Estrutura Fundiária do Incra, por meio da Coordenação-Geral de Cartografia (DFG), disponibiliza gratuitamente todos os dados fundiários do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) através de *interface* Web. As informações gráficas e os metadados podem ser consultados de forma rápida e eficiente por intermédio de um aplicativo de consulta Web ou todas essas informações (gráficas/metadados) podem ser baixadas (*download*) para a estação de trabalho do usuário para serem utilizadas *off-line*. O aplicativo utilizado pelo Incra é o i³Geo. Este aplicativo está em plataforma livre, baseado em um conjunto de outros *softwares* livres, principalmente o *Mapserver*. Foi desenvolvido pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) e tem como foco principal a disponibilização de dados geográficos e um conjunto de ferramentas de navegação, análises espaciais, compartilhamento e geração de mapas derivados de uma ou mais camadas de informação.

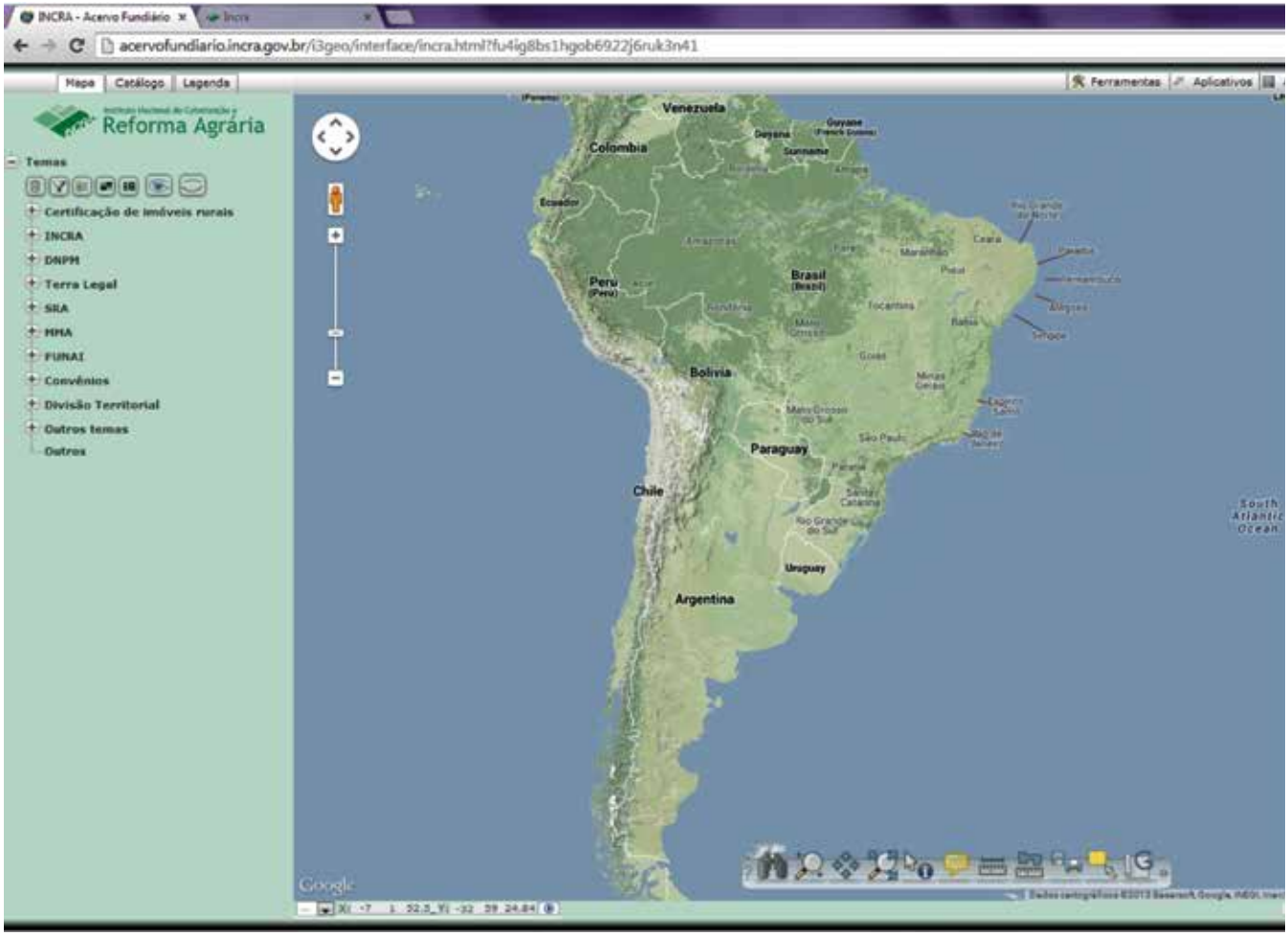
A facilidade de consulta, a manipulação dos dados gráficos/literais, os mapas e a interoperabilidade com dados de outros órgãos de governo são potencializados na versão do i³Geo disponibilizada no *site* do Incra, tendo em vista que um trabalho excelente da Divisão de Geoprocessamento da DFG/Incra agregou diversas funcionalidades à barra de menus do aplicativo, as quais permitiram a facilitação na utilização do *software*, até mesmo por usuários que não possuem experiência em Sistemas de Informação Geográfica.

O acervo fundiário do MDA/Incra consta de: a) imóveis certificados (públicos e privados); b) parcelas georreferenciadas no Programa Terra Legal; c) glebas federais; d) parcelas georreferenciadas nos programas de regularização fundiária; e) projetos de assentamento; f) lotes dos projetos de assentamento; g) áreas de proteção permanente nos projetos de assentamento; h) áreas de reserva legal nos projetos de assentamento; e i) perímetro dos territórios quilombolas.

O acesso ao acervo fundiário do MDA/Incra pode ser feito através de *banner* intitulado "Acervo Fundiário", localizado na parte inferior do site do Incra ou diretamente pelo *link*: <http://acervofundiario.incra.gov.br/i³geo>. São mais de 300.000 (trezentos mil) polígonos constantes deste acervo, disponibilizado gratuitamente à sociedade.

A tela inicial do i³Geo com o acervo fundiário digital do MDA/Incra será apresentada na Figura 3, a seguir:

Figura 3: Tela inicial do acervo fundiário do Incra



Fonte: Disponível em: <http://acervofundirio.incra.gov.br/i³geo>.

Ao acessar cada um dos temas (camadas de informações) que aparecem no lado esquerdo da tela (*Certificação de imóveis rurais, Incra, Terra Legal, SRA, dentre outros*), será disponibilizada ao usuário uma série de funcionalidades de visualização, consulta e análise. Alguns temas estão disponíveis para *download*, estes temas são identificados com o ícone

Além dos dados do MDA, são disponibilizados dados de outros órgãos de governo, tais como: a) áreas de conservação ambiental (federais e estaduais); b) áreas indígenas; c) títulos minerários expedidos; d) divisão territorial do Brasil (estados e municípios); e) zona econômica exclusiva da marinha; f) meso e microrregiões do Brasil; g) aptidão agrícola; h) solos; i) biomas; j) geomorfologia; k) rede hidrográfica; l) base *raster* (cartas topográficas em formato digital) do Centro de Imagens do Exército brasileiro; m) imagens de satélite; n) relevo do Brasil SRTM; dentre outros. Assim, dados do Ministério do Meio Ambiente – Ibama/ICMBio/ANA; do Ministério da Defesa – Funai; do Ministério da Agricultura – Embrapa; do Ministério de Minas e Energia – DNPM; do Ministério dos Transportes – DNIT; e outros estão disponíveis para consulta.

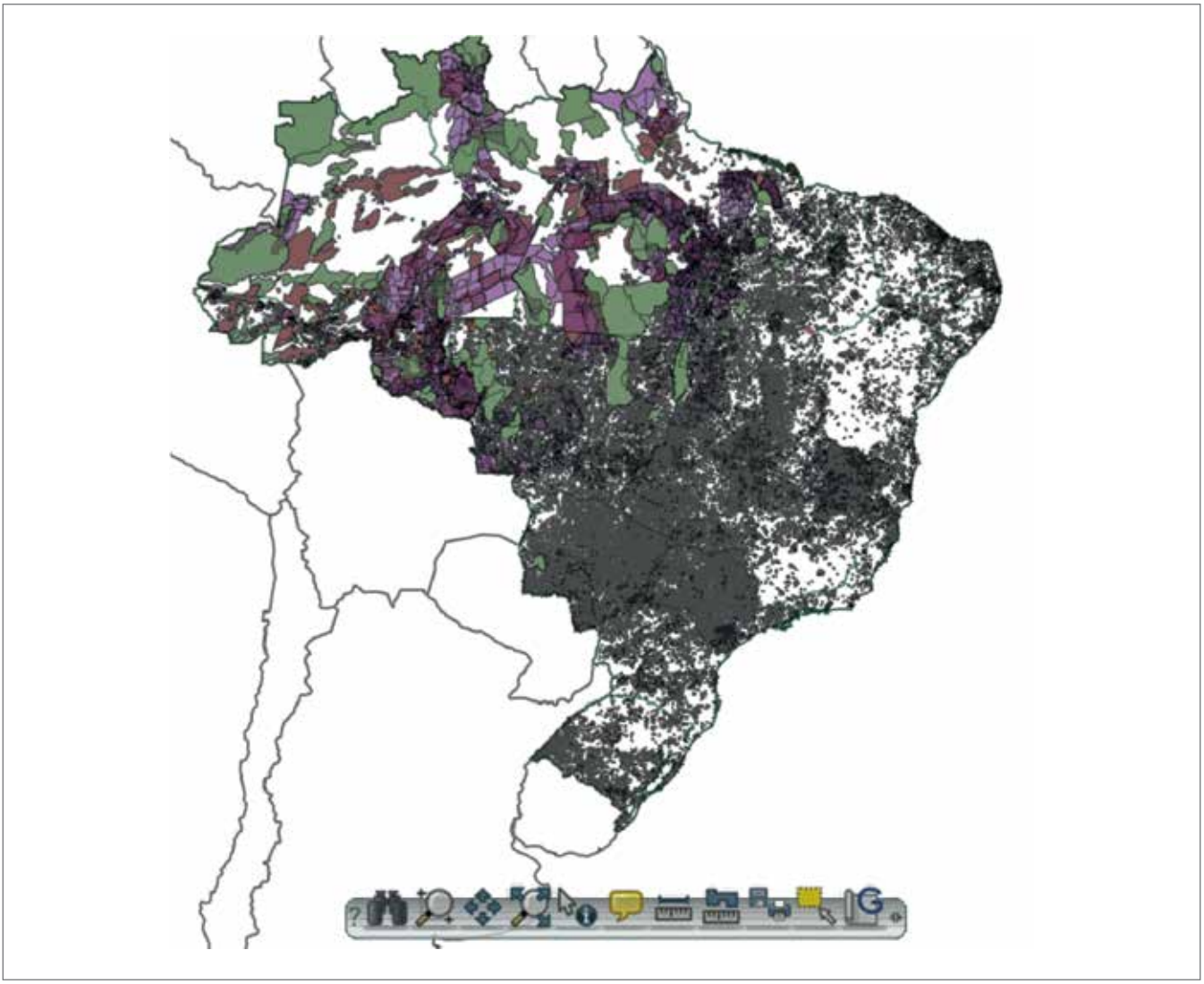
Logo abaixo, a Figura 4 representa o mapa do Brasil com temas do MDA/Incra, Funai e MMA. Observa-se que a cobertura do território nacional com polígonos georreferenciados é extremamente expressiva e uma fonte muito rica de estudo e consulta.

Todas essas informações cartográficas são uma ferramenta importante para o oficial de Registo de Imóveis, elas auxiliam na análise de dados geoespaciais contidos na sua jurisdição e na inter-relação destes com os novos polígonos de imóveis certificados apresentados para registro.

É chegada a hora de modernização e atualização de materiais e métodos utilizados no Serviço de Registro de Imóveis no Brasil. A utilização de informações geoespaciais deve fazer parte do cotidiano dos cartórios de Registro de Imóveis.

A Figura 4, a seguir, apresenta um mapa do Brasil no i³Geo com temas do MDA, do Incra, do ICMBio, do Ibama, da Funai. Verifica-se que praticamente toda a extensão do Brasil está mapeada de alguma forma. Uma grande fonte de informações sobre o meio rural brasileiro.

Figura 4: Mapa do Brasil com temas do MDA/Incra, MMA e Funai

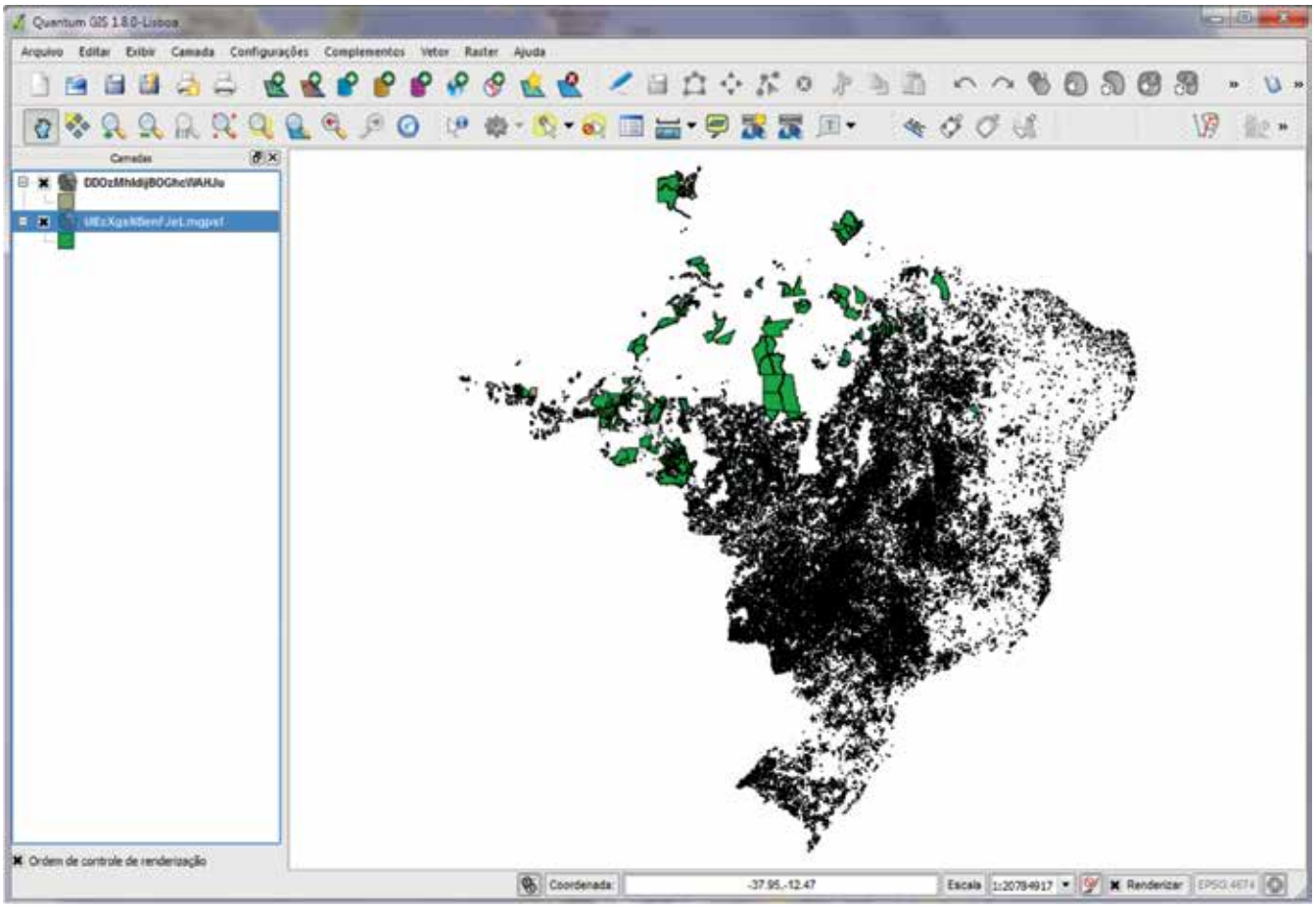


Fonte: i³Geo. Disponível em: <http://acervofundiario.incra.gov.br/i³geo>.

Os arquivos baixados do acervo fundiário digital do Incra, bem como de outros órgãos do governo, estão no formato *shapefile*, que é um formato universal de dados geoespaciais. Esse formato de arquivo foi desenvolvido pela *Environmental Systems Research Institute* (ESRI) com especificação aberta, permitindo interoperabilidade de dados entre diferentes aplicativos (*softwares*) de Sistema de Informação Geográfica. Para utilização dos dados geoespaciais baixados do site do Incra, existem diversos tipos de aplicativos (*software*) no mercado ou aplicativos desenvolvidos em plataforma livre, como o *Quantum Gis*, disponibilizado de forma gratuita no *site* oficial: http://qgisbrasil.org.

A Figura 5, a seguir, apresenta uma tela do *Quantum Gis* contendo o mapa com os polígonos de imóveis certificados no Brasil.

Figura 5: Mapa em *Quantum Gis* com polígonos de imóveis certificados no Brasil



Fonte: Incra.

3. Sistema automatizado de certificação de imóveis rurais

O conceito de certificação de imóveis rurais surge no Brasil no ano de 2001 com a publicação da Lei nº 10.267/2001, que, dentre outras providências, promoveu algumas alterações na Lei nº 6.015/1973.

No ano de 2004, o Incra publica a Norma Técnica de Georreferenciamento de Imóveis Rurais, 1ª ed., e inicia o serviço de certificação.

No período de 2004 a 2009, todo o processo passa por uma fase de adaptação e amadurecimento no que diz respeito à nova forma e ao tratamento de dados espaciais do meio rural brasileiro. Até então, os levantamentos topográficos de propriedades rurais eram encarados como uma tarefa muito simplória, sem grandes preocupações com a precisão e os resultados alcançados. A certificação, e toda a inovação técnica incorporada, representou uma quebra de paradigmas e o fim do descaso com a estrutura fundiária de nosso país. A eficiência do serviço e o cumprimento de metas frente à demanda por emissão de certificados, no período supramencionado, deixaram muito a desejar. Parte da ineficiência se deu pela falta de conscientização e compromisso de todos os entes envolvidos no processo e, dessa forma, muitas das responsabilidades de uns foram assumidas por outros.

No ano de 2010, com a necessidade de imprimir agilidade na emissão de certificados e também pela necessidade de atualização dos normativos, foi publicada a 2ª edição da Norma Técnica de Georreferenciamento de Imóveis Rurais do Incra. Esse normativo, atrelado a outros que vieram na sequência, permitiu um avanço na prestação do serviço de Certificação por parte do Incra. Porém, ainda não foi o suficiente para vencer a demanda represada nas Superintendências Regionais. De forma muito responsável e estratégica, a Diretoria de Ordenamento da Estrutura Fundiária do Incra vinha, desde o ano de 2010, trabalhando em paralelo à atualização dos normativos, com um projeto de inovação tecnológica da certificação. Naquele ano, foi montado um grupo de trabalho, composto por analista em Reforma e Desenvolvimento Agrário – especialidade Engenharia de Agrimensura e Cartográfica, com a missão de conceber, construir e implementar um sistema automatizado de certificação de imóveis rurais. Incialmente, o projeto era denominado de *e-Certifica* e, no final, tornou-se parte integrante de um sistema mais amplo denominado Sistema de Gestão Fundiária (Sigef).

Em 2013, consolidando o trabalho iniciado em 2010, publica-se a 3ª edição da Norma Técnica de Georreferenciamento de Imóveis Rurais do Incra, *Manual Técnico de Posicionamento, Manual Técnico de Limites e Confrontações*, Norma de Execução/Incra nº 107, Instrução Normativa/Incra nº 77 e implantação do sistema automatizado de certificação.

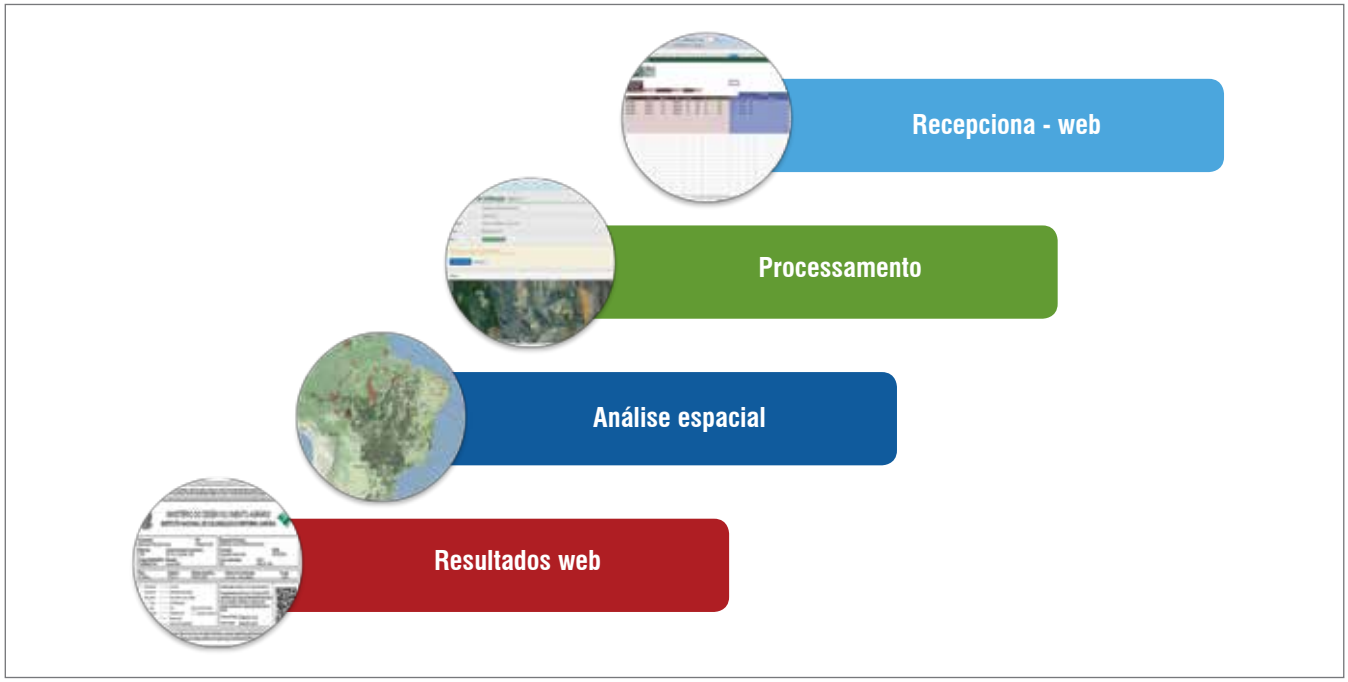
Esse conjunto de normas, manuais e o sistema automatizado trazem uma série de avanços e profundas mudanças no processo de certificação de imóveis rurais, como, por exemplo: a) processo de certificação totalmente em meio digital, eliminando-se definitivamente a análise manual que tanto contribuiu para a ineficiência do serviço; b) conexão com o Registro de Imóveis pelo Sigef; c) adoção do conceito de imóvel rural dado pela Lei nº 6.015/1973 com emissão de certificação por matrícula, em contraponto ao conceito da Lei nº 4.504/1964, que vinha sendo adotado até então, de forma equivocada; d) inclusão de novas tecnologias para coleta e processamento de dados; e) adoção do sistema geodésico local para o cálculo de área, eliminando as distorções anteriormente cometidas no cômputo dessa grandeza; f) nova metodologia e inovação tecnológica no tratamento e no armazenamento dos dados espaciais certificados.

4. Sistema de Gestão Fundiária: módulo de certificação

O Sistema de Gestão Fundiária (Sigef) congrega diversas funcionalidades, mas, aqui, iremos tratar especificamente do módulo de certificação.

A automação da certificação foi idealizada para ser um sistema *on-line* acessado através da rede mundial de computadores (internet) que: a) recepcione os dados produzidos pelo profissional responsável técnico pelo georreferenciamento (planilha eletrônica); b) realize o processamento dos dados alfanuméricos recebidos e os transformem em informação gráfica/metadados; c) realize análise espacial (sobreposição e vazio) da informação gráfica gerada no passo anterior, no banco de dados cartográfico de imóveis certificados Incra; e d) não havendo impedimento, disponibilize a certidão e as peças técnicas certificadas (planta e memorial descritivo) na Web. A Figura 6, a seguir, ilustra essa descrição.

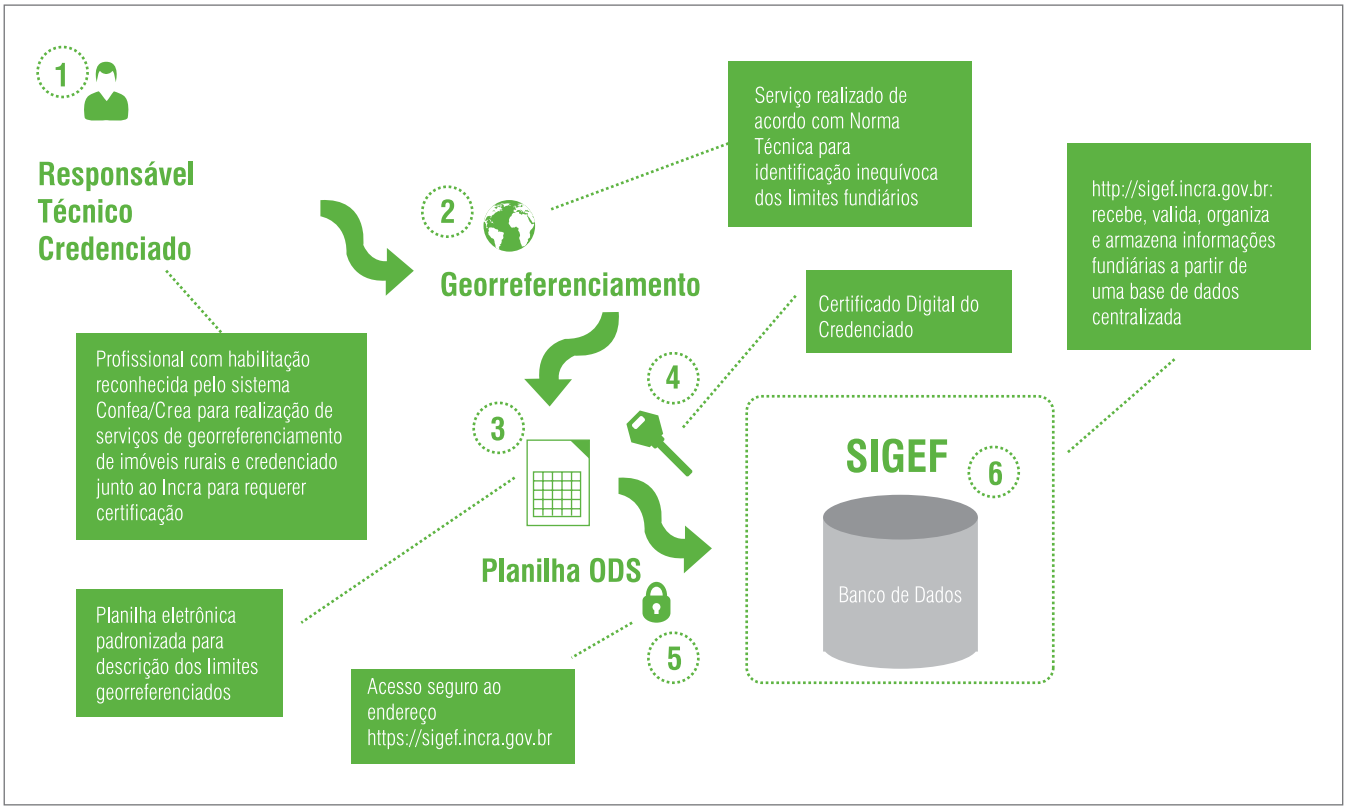
Figura 6: Automação do processo de Certificação de Imóveis Rurais no Incra



Fonte: Elaboração própria.

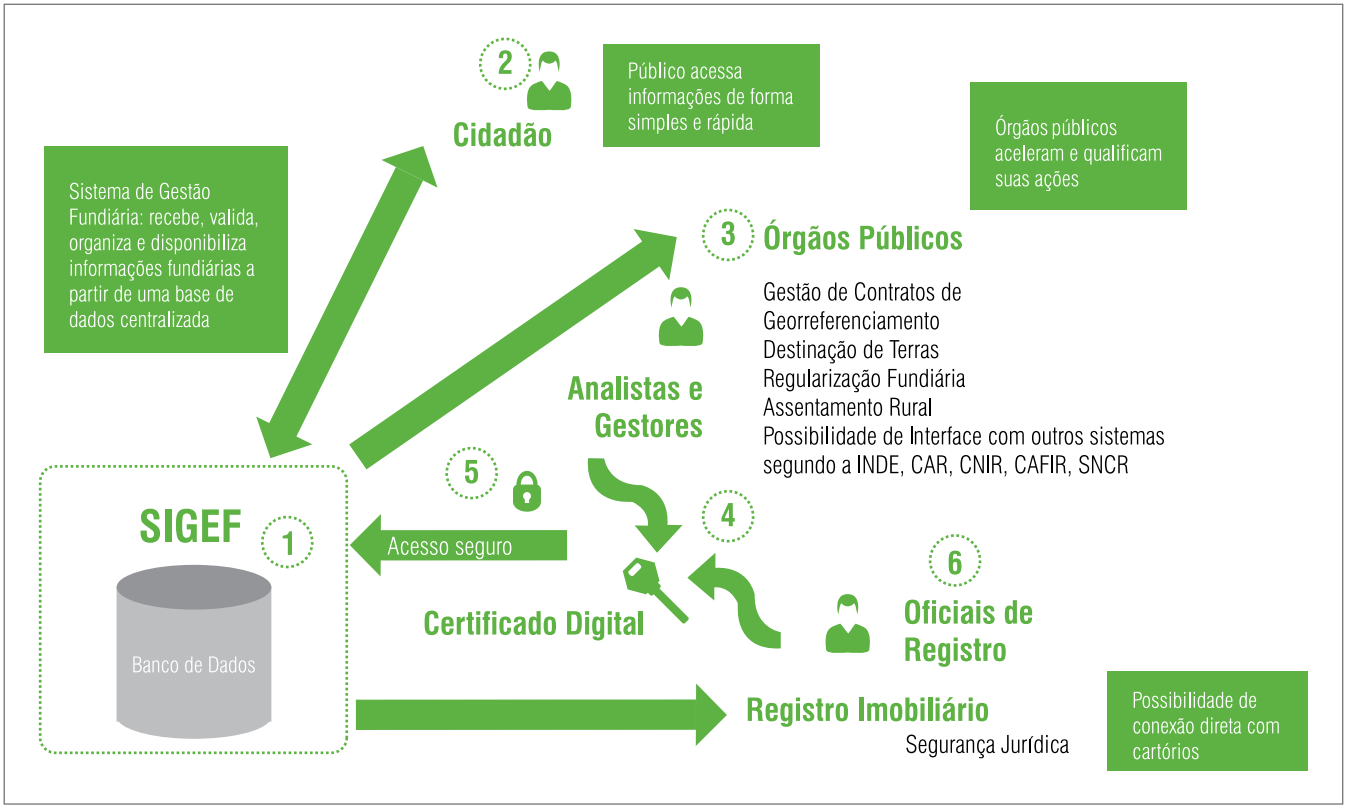
Os fluxogramas 1 e 2, apresentados a seguir, resumem os passos e os resultados da certificação automatizada realizada via Sigef.

Fluxograma 1: Passos da certificação automatizada no Sigef



Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Fluxograma 2: Resultados e objetivos esperados com a utilização do Sigef



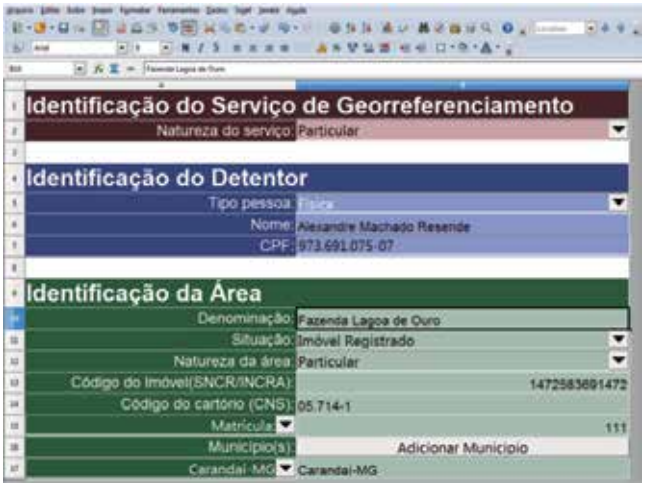
Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

5. Entendendo o módulo de certificação do Sigef

O profissional responsável pelo georreferenciamento, antes de acessar o Sigef, deve preencher corretamente a planilha eletrônica com os dados do levantamento topográfico do imóvel rural. O modelo da planilha eletrônica está disponível no *site* do Sigef (https://sigef.incra.gov.br) para ser baixado (*download*) pelo usuário.

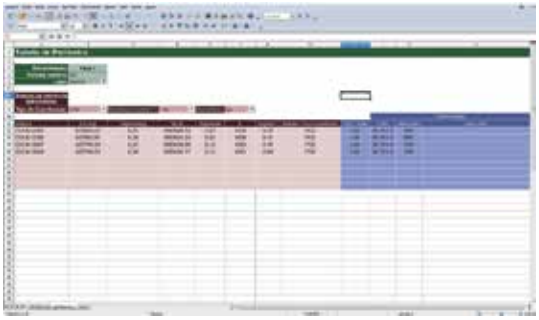
A planilha eletrônica de dados é composta por duas abas principais de informações: a) uma aba de identificação para entrada de informações do proprietário e do imóvel (pessoa física ou jurídica, CPF/CNPJ, nome da fazenda, código do imóvel rural, código CNS, número da matrícula, município, dentre outros); b) uma aba para entrada dos dados geoespaciais e parâmetros do georreferenciamento (código dos vértices, coordenadas e precisões alcançadas, tipo de limites, técnica utilizada no levantamento, confrontações, dentre outros).

Figura 7: Aba de dados de identificação na planilha eletrônica



Fonte: Incra.

Figura 8: Aba de dados geoespaciais do levantamento georreferenciado



Fonte: Incra.

Com a planilha eletrônica devidamente preenchida, o profissional credenciado no Incra acessa o Sistema de Gestão Fundiária para transmissão dos dados e emissão da certificação. A página inicial do Sigef será apresentada na Figura 9, a seguir.

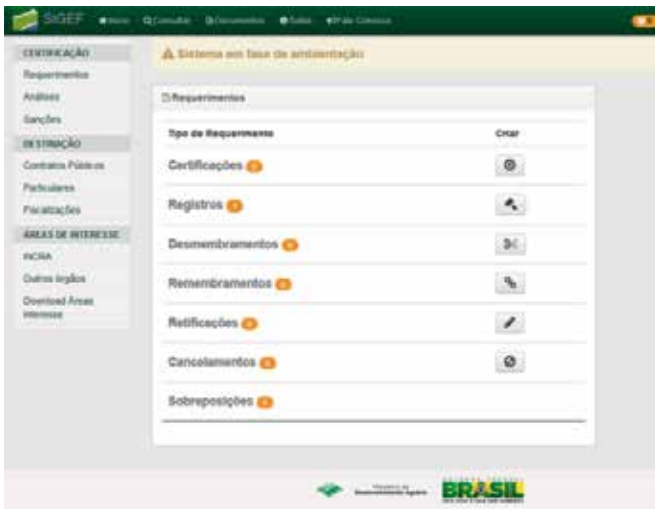
Figura 9: Tela inicial do Sistema de Gestão Fundiária (Sigef)

Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Existem duas formas de acessar o Sistema, a saber: a) autenticado (com o certificado digital); b) não autenticado (sem o certificado digital). Quando o usuário, devidamente cadastrado (profissional responsável técnico pelo georreferenciamento, ou analista do Incra, ou oficial de Registro de Imóveis), acessa o Sistema com seu certificado digital, portanto, usuário autenticado, são disponibilizadas todas as funcionalidades do Sistema, estipuladas para cada perfil. Quando o usuário acessa o Sistema sem o certificado digital, acesso não autenticado, serão disponibilizadas somente as funcionalidades de consulta, documentação da certificação, documentação de concepção do Sistema e a opção de interação com a equipe de desenvolvimento e suporte do Sistema (mensagens pelo fale conosco).

A próxima tela, após a inicial, é uma tela que resume todas as funcionalidades disponíveis no Sigef, tais como: a) requerimento de certificação; b) requerimento de registro; c) requerimento de desmembramento; d) requerimento de remembramento; e) requerimento de retificação; e f) requerimento de cancelamento. A tela de requerimentos do Sigef é apresentada na Figura 10, a seguir:

Figura 10: Tela de requerimentos do Sigef



Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Para a transmissão de uma planilha eletrônica, o profissional deve escolher a opção “Certificação”. Uma nova tela, como mostrado na Figura 11, será disponibilizada para serem inseri-

das informações da anotação de responsabilidade técnica do georreferenciamento do imóvel.

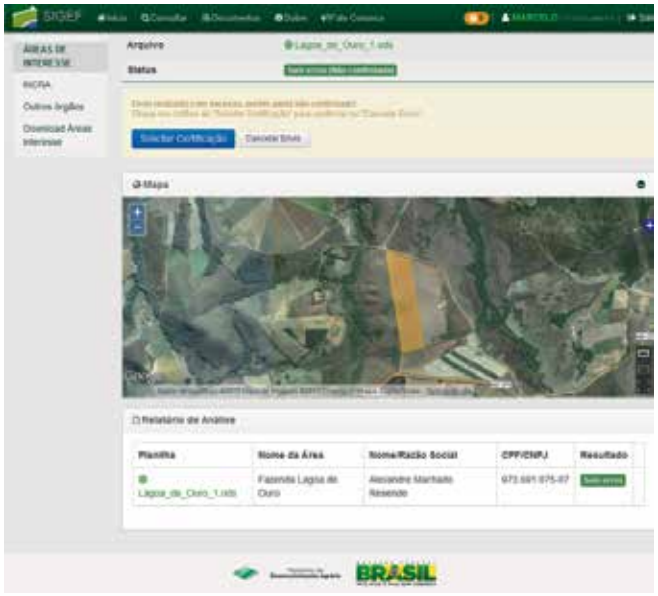
Figura 11: Tela de requerimento de certificação

Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Preenchidos os dados e acessando o ícone "*Enviar*", a planilha eletrônica será encaminhada, via internet, a um computador central no Incra/Sede onde são realizadas as etapas de processamento e análise espacial, conforme já descritas.

A execução dessas duas etapas leva alguns segundos, e o resultado é apresentado em uma tela. Nessa nova tela, o resultado do processamento e da análise espacial é apresentado ao credenciado, podendo ser positivo ou negativo. Resultado positivo é quando não são encontrados erros no processamento nem na análise espacial, e o polígono está apto a ser certificado, como mostra a Figura 12, a seguir. Resultado negativo é a ocorrência de erros no processamento, ou na análise espacial, ou em ambos, como mostra a Figura 13, nesse caso, o profissional deverá tomar outras providências para que o problema possa ser sanado.

Figura 12: Resultado positivo de envio de planilha eletrônica



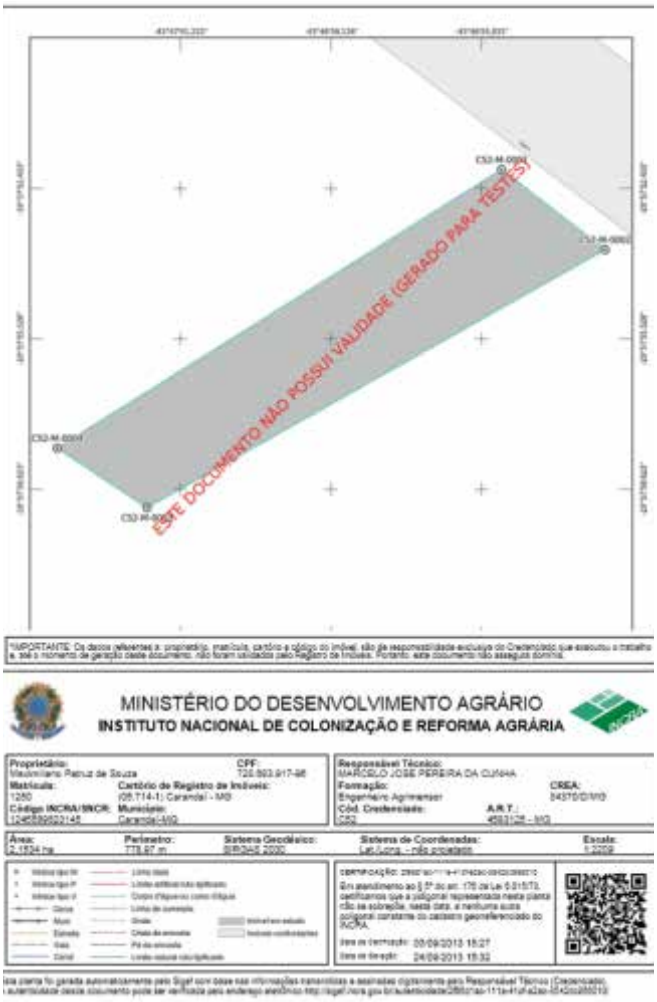
Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Figura 13: Resultado negativo de envio de planilha eletrônica

Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Caso o resultado seja positivo e o profissional solicite a emissão da certificação, através do ícone "*Solicitar Certificação*", mostrado na Figura 13, uma planta topográfica e um memorial descritivo serão gerados e disponibilizados aos interessados, como mostram as Figuras 14 e 15, a seguir.

Figura 14: Planta do imóvel rural gerada pelo Sigef



Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Figura 15: Memorial descritivo do imóvel rural gerado pelo Sigef

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO

MEMORIAL DESCRITIVO

ESTE DOCUMENTO NÃO POSSUI VALIDADE (GERADO PARA TESTES)

Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

6. Conexão com o Registro de Imóveis

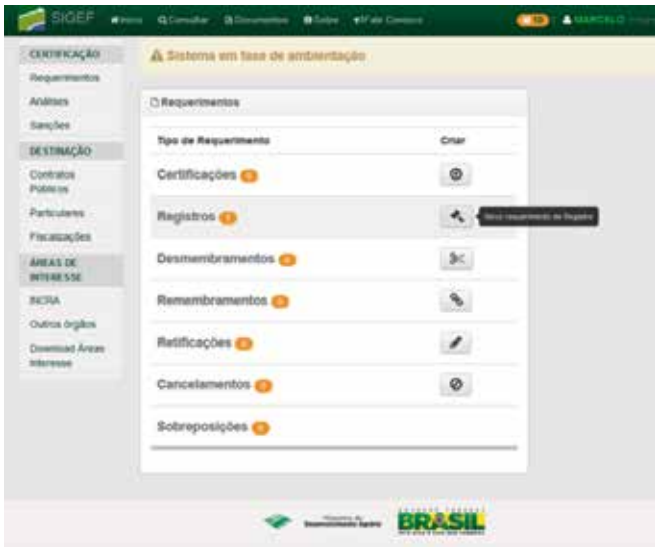
Quando o memorial descritivo certificado for apresentado ao oficial para registro e a qualificação registral for positiva, caberá ao oficial de registro acessar o Sigef, na opção "*Registro*", e inserir os dados atualizados do imóvel.

Essa funcionalidade dedicada ao oficial de registro é de extrema importância e consagra a eficiência do sistema automatizado de certificação de imóveis rurais. No passado, tão logo era efetivado o registro do memorial descritivo certificado, com abertura de nova matrícula, o banco de dados do Incra já estava desatualizado, já que as novas informações acerca do imóvel não eram informadas e armazenadas na certificação.

Com o Sigef, essa realidade muda. Essa interação do Incra/Registro de Imóveis permitirá não só a atualização do banco de dados da certificação como também a retirada de ressalvas das peças técnicas (planta e memorial descritivo) disponibilizadas pelo Sigef. Assim, após atualização do registro, as peças técnicas certificadas serão, automaticamente, disponibilizadas sem a ressalva "Parcela certificada pelo SIGEF de acordo com a Lei 6.015/1973 e pendente de confirmação de registro da certificação em cartório".

O preenchimento do requerimento de registro é muito simples. Inicia-se pela solicitação dele, como mostra a Figura 16, a seguir:

Figura 16: Tela inicial para requerimento de atualização de dados de registro



Fonte: Incra. Disponível: <https://sigef.incra.gov.br>.

Em seguida, será disponibilizada uma tela que está dividida por temas, a saber: a) parcela; b) mapa; c) dados de registro; d) fundamentação do requerimento; e) prioridade, como mostra a Figura 17, a seguir:

Figura 17: Tela de requerimento de atualização de registro no banco de dados da certificação

Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

No tema "*Selecionar Parcela*", o oficial deverá selecionar ou identificar a parcela na qual serão atualizados os dados.

Foto: Setur Foz do Iguaçu

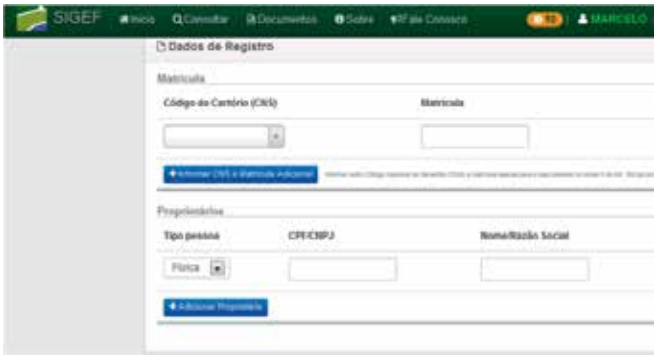
Para seleção da parcela, podem ser utilizadas diversas informações, tais como: a) CPF/CNPJ; b) nome do detentor; c) código do credenciado; d) Código Nacional de Serventia (CNS); e) número da matrícula/transcrição; f) código do imóvel no SNCR; g) código da parcela; h) código do protocolo de envio da parcela; i) código de vértice pertencente à parcela, como mostra a Figura 18, a seguir:

Figura 18: Tela de seleção da parcela da qual serão inseridos os dados no novo registro

Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

No tema "*Dados do Registro*", o oficial deverá informar o código CNS, o novo número de matrícula, o nome e o CPF/CNPJ do proprietário, como mostrado na Figura 19, a seguir:

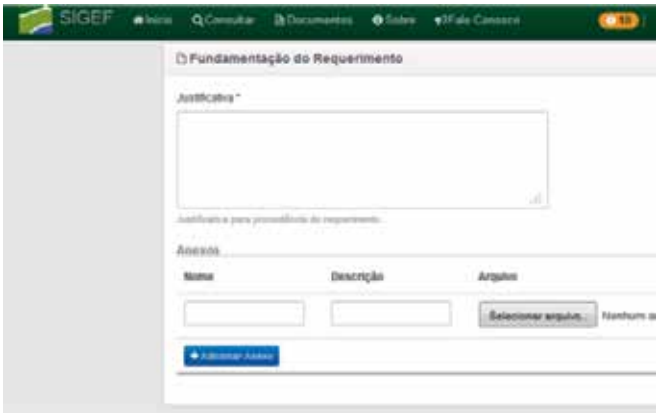
Figura 19: Campos a serem preenchidos para o tema "*Dados de Registro*"



Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Em seguida, vem o tema "*Fundamentação do Requerimento*". Nesse campo, como mostra a Figura 20, o oficial tem disponível o campo para justificativa, caso se trate de uma exceção, ou seja, o preenchimento desse campo somente se dará em situações especiais e nas quais o oficial julgar pertinente ou necessário. A informação seguinte são os anexos, que, nesse caso, será o envio do arquivo digital contendo a nova matrícula da parcela.

Figura 20: Campos a serem preenchidos para o tema "*Dados de registro*"



Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

O tema seguinte é denominado "*Prioridade*", apresentado na Figura 21, que deverá ser preenchido somente nos casos em que o proprietário se enquadre em algum dos dispositivos previstos no art. 69-A da Lei nº 9.784, de 1999.

Figura 21: Tela do tema "*Prioridade*"

Fonte: Incra. Disponível em: <https://sigef.incra.gov.br>.

Preenchidos todos os campos, o passo final é solicitar o protocolo do pedido de atualização. Para isso, o oficial deve pressionar o ícone "*Protocolar*".

Esse protocolo é recebido por um analista do Incra que o defere de imediato e, automaticamente, os dados armazenados para a certificação são atualizados e disponibilizados em tempo real aos interessados, via Web.

Foto: Destino Iguaçu

Conclusão

A implantação do Sistema de Gestão Fundiária é um marco no ordenamento do meio rural brasileiro. A agilidade, a qualidade e a eficiência incorporadas à construção da malha fundiária brasileira são incomparáveis. É uma ação de vanguarda no cadastro rural deste país.

A automação do processo de certificação de imóveis rurais consolida não só o conhecimento geométrico da propriedade, como também aperfeiçoa a segurança jurídica das peças técnicas apresentadas para registro.

O Sistema de Gestão Fundiária inaugura uma nova era no Incra. Superamos a etapa da necessária revolução tecnológica que agora nos oportuniza a excelência na prestação dos serviços à sociedade. Evidentemente, o desenvolvimento contínuo e o aperfeiçoamento do Sistema permitirão a incorporação de novas funcionalidades que qualifiquem ainda mais o setor fundiário, transformando-o em uma fonte inesgotável de consulta e geração de informações derivadas que auxiliam na tomada de decisões.

O Sistema de Gestão Fundiária é parte de uma engrenagem que capacita o governo ao planejamento, à formulação e à implementação de políticas e ao cumprimento de funções. Este Sistema consolida-se em uma ferramenta eficaz de governança fundiária.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Lei nº 10.267*, de 28 de agosto de 2001. Altera dispositivos das Leis nºs 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10267.htm>.

_____. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>.

_____. *Lei nº 11.952*, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11952.htm>.

DANTAS, Maria Vinhaes Yse. *Diretrizes para a integração do Cadastro Nacional de Imóveis Rurais (Cnir) com o Cadastro Estadual Florestal de Imóveis Rurais (Cefir) e sua implicação no processo de averbação da Reserva Legal, no Âmbito da Lei nº 10.267/2001*. Dissertação de Mestrado em Engenharia Ambiental Urbana. Escola politécnica da Universidade Federal da Bahia. Salvador/BA, 2009. Disponível em: <http://www.meau.ufba.br/site/publicacoes/diretrizes-para-integracao-do-cadastro-nacional-de-imoveis-rurais-cnir-com-o-cadastro-es>.

GIRARDI, Eduardo Paulon. *Proposição teórico-metodológica de uma cartografia geográfica crítica e sua aplicação no desenvolvimento do atlas da questão agrária brasileira*. Tese de Doutorado. Universidade Estadual Paulista (Unesp). Campus de Presidente Prudente. Faculdade de Ciências e Tecnologia Presidente Prudente. Presidente Prudente/SP, 2008, 347 f.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA. (2013) 3ª ed. *Norma Técnica de Georreferenciamento de Imóveis Rurais*. Disponível em: <http://sigef.incra.gov.br>.

_____. *Instrução Normativa/INcra nº 77, de 23 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://sigef.incra.gov.br>.

_____. (2013). *Manual Técnico de Limites e Confrontações*. Disponível em: <http://sigef.incra.gov.br>.

_____. (2013). *Manual Técnico de Limites e Confrontações*. Disponível em: <http://sigef.incra.gov.br>.

_____. (2013). *Manual Técnico de Posicionamento*. Disponível em: <http://sigef.incra.gov.br>.

_____. (2013). *Modelo de Planilha Eletrônica*: ODS. Disponível em: <http://sigef.incra.gov.br>.

_____. (2013). *Norma de Execução/DF/Incra nº 107,* de 23 de agosto de 2013. Disponível em: <http://sigef.incra.gov.br>.

MONICO, João Francisco Galera. *Posicionamento pelo GNSS*: descrição, fundamentos e aplicações. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2008. ■

Foto: Setur Foz do Iguaçu

Foto: JRP Fotografias

Bianca Castellar de Faria apresentou um panorama da atividade registral em quatro décadas, ressaltando os avanços ocorridos

A evolução e a modernização do Registro de Imóveis nos últimos 40 anos

// Bianca Castellar de Faria

Titular do 1º Registro de Imóveis de Joinville/SC, mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), especialista em Direito Notarial e Registral pela Univale/SC, especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC/Minas, graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, professora de pós-graduação em Direito Registral.

Introdução

É notável a evolução e a modernização do Direito Registral e do Registro de Imóveis nos últimos 40 anos. Desde a publicação da Lei nº 6.015/1973, várias foram as transformações políticas, legislativas e culturais.

A fim de arrolar e demonstrar os fatos mais marcantes, que contribuíram para que o Direito Registral chegasse ao atual patamar, de um dos modelos registrais mais seguros, proponho a apresentação de uma linha do tempo.

Na década de 1970, quando da publicação da Lei nº 6.015/1973, o contexto político e histórico era outro. Estávamos em regime militar, sob a égide da Constituição de 1967, e com o Direito Civil comandado pelo Código Civil de 1916.

A história do Direito Registral pós Lei dos Registros Públicos corre de forma paralela à história do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), que teve o seu primeiro encontro em 1974. A partir daí, todas as principais alterações significativas do Direito Registral foram acompanhadas, debatidas, discutidas e uniformizadas pelo Instituto.

Em 1975, por meio da Lei nº 6.216/1975, houve uma série de modificações substanciais à Lei dos Registros Públicos, que só viria a ter vigência a partir de 1º/1/1976, tais quais a unificação dos atos e das nomenclaturas de "inscrição" e de "transcrição" para atos de "registro". No entanto, a principal mudança foi a redução da quantidade de livros obrigatórios para os atuais cinco: Livro nº 1 – Protocolo; Livro nº 2 – Registro Geral; Livro nº 3 – Registro Auxiliar; Livro nº 4 – Indicador Real; e Livro nº 5 – Indicador Pessoal. Antes dessa alteração, o Registro de Imóveis ainda tinha o Livro de Registros Diversos, o Livro de Registro de Incorporações e o Livro de Registro de Loteamentos.

Somente em 1976, a Lei nº 6.015 passou a viger, inaugurando o fólio real, tendo na matrícula a concentração de todos os atos referentes aos imóveis e seus detentores de direitos reais. Houve uma transformação extraordinária no que tange à escrituração dos atos registrais, que, até então, eram manuscritos nos enormes e pesados "livrões". Com a inauguração da matrícula, a forma manuscrita foi substituída pela datilografia, e a escrituração já podia ser realizada nas fichas de cartolina, muitas enceradas. Já houve um avanço tecnológico aí. A arte da bela caligrafia foi substituída pela agilidade da datilografia.

Figura 1: Transcrição nº 1, de 23/5/1847

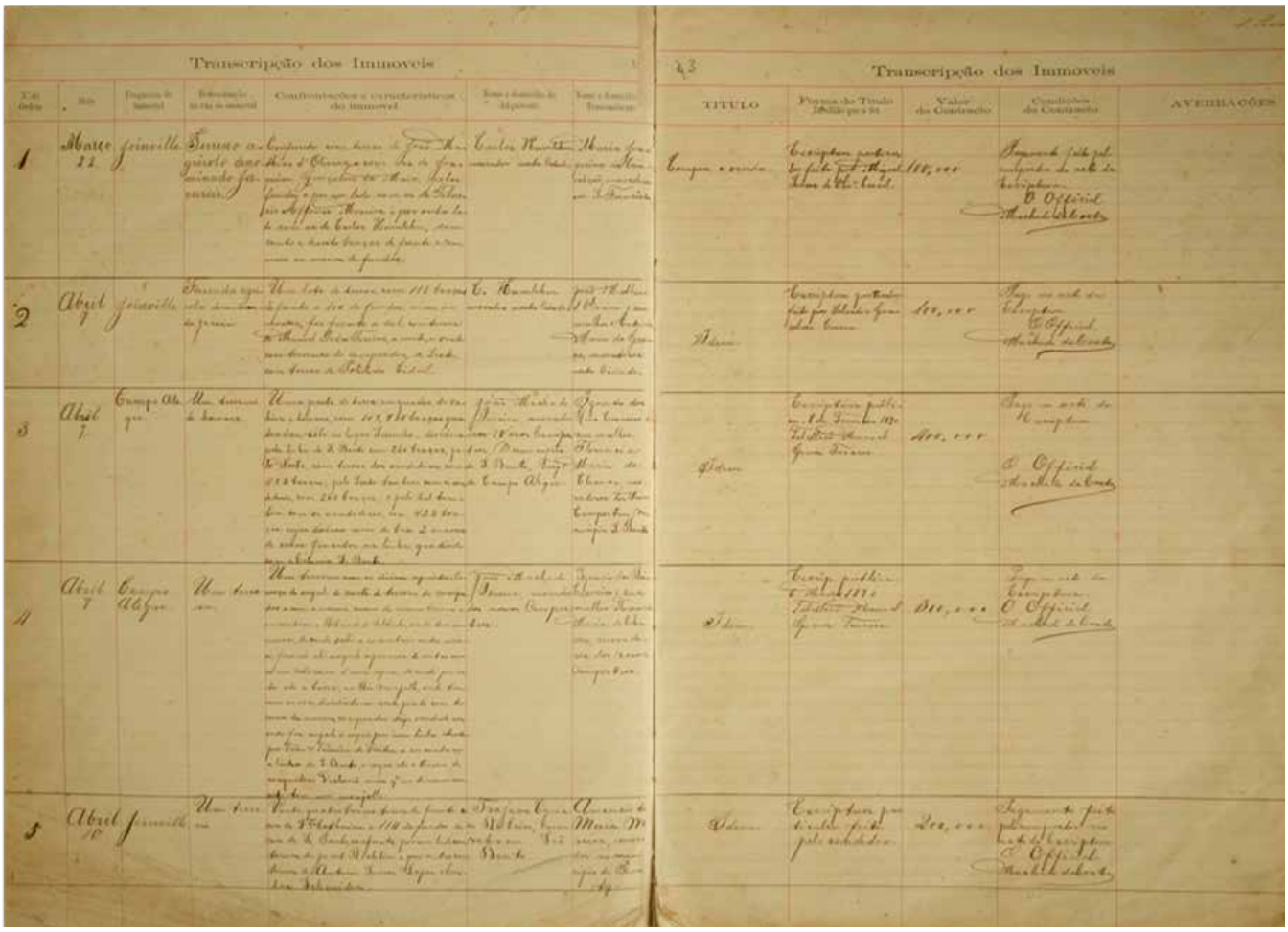
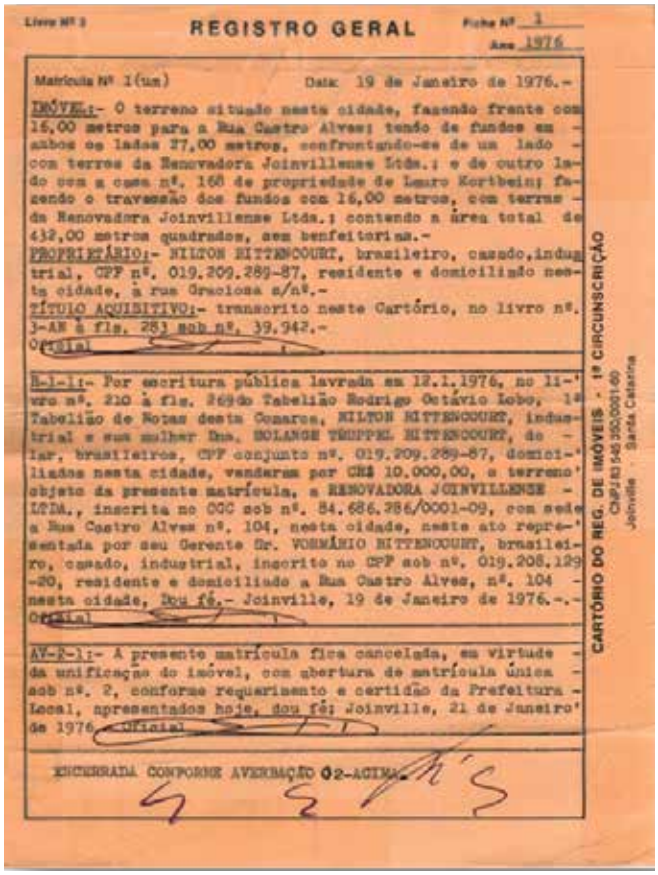


Figura 2: Matrícula nº 1, de 19/1/1976



REGISTRO GERAL

Ficha Nº 1

Ano 1976

Matrícula Nº 1(um) Data: 19 de Janeiro de 1976.-

IMÓVEL:- O terreno situado nesta cidade, fazendo frente com 16,00 metros para a Rua Castro Alves; tendo de fundos em - ambos os lados 37,00 metros, confrontando-se de um lado - com terras da Renovadora Joinvillense Ltda.; e de outro lado com a casa nº. 168 de propriedade de Lauro Kortbein; fazendo o travessão dos fundos com 16,00 metros, com terras - da Renovadora Joinvillense Ltda.; contendo a área total de 632,00 metros quadrados, sem benfeitorias.-

PROPRIETÁRIO:- NILTON BITTENCOURT, brasileiro, casado, industrial, CPF nº. 019.209.289-87, residente e domiciliado nesta cidade, à rua Gracilona s/nº.-

TÍTULO AQUISITIVO:- transcrito neste Cartório, no livro nº. 3-AN à fls. 283 sob nº. 39.942.-

Oficial

R-1-1:- Por escritura pública lavrada em 12.1.1976, no livro nº. 210 à fls. 269 do Tabelião Rodrigo Octávio Lobo, 1º Tabelião de Notas desta Comarca, NILTON BITTENCOURT, industrial e sua mulher Dna. SOLANGE TRUPPEL BITTENCOURT, de - lar, brasileiros, CPF conjunto nº. 019.209.289-87, domiciliados nesta cidade, venderam por Cr$ 10.000,00, o terreno objeto da presente matrícula, a RENOVADORA JOINVILLENSE - LTDA., inscrita no CGC sob nº. 84.686.786/0001-09, com sede a Rua Castro Alves nº. 104, nesta cidade, neste ato representada por seu Gerente Sr. VORMÍNIO BITTENCOURT, brasileiro, casado, industrial, inscrito no CPF sob nº. 019.208.129-20, residente e domiciliado a Rua Castro Alves, nº. 104 - nesta cidade. Dou fé.- Joinville, 19 de Janeiro de 1976.-

Oficial

AV-2-1:- A presente matrícula fica cancelada, em virtude - da unificação do imóvel, com abertura de matrícula única - sob nº. 2, conforme requerimento e certidão da Prefeitura - Local, apresentados hoje, dou fé; Joinville, 21 de Janeiro de 1976.

Oficial

ENCERRADA CONFORME AVERBAÇÃO 02-ACIMA

CARTÓRIO DO REG. DE IMÓVEIS - 1ª CIRCUNSCRIÇÃO

Joinville - Santa Catarina

Em 1977, os notários e os registradores foram surpreendidos pela Emenda Constitucional nº 7, conhecida como Pacote de Abril, a qual determinava a estatização dos cartórios. O então presidente da República decretou o recesso do Congresso Nacional e oficializou os serviços extrajudiciais, criando remuneração dos servidores por meio dos cofres públicos.

> EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7, DE 13 DE ABRIL DE 1977.
> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e
> **CONSIDERANDO que**, nos termos do Ato Complementar nº 102, de 1º de abril de 1977, **foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional,**
> **CONSIDERANDO que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal é autorizado a legislar sobre todas as matérias**, como preceitua o citado dispositivo do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968;
> CONSIDERANDO que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 46, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal,
> PROMULGA a seguinte Emenda ao texto constitucional:
> Art. 206. **Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial**, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo.
> § 1º Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias.
> § 2º Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos.
> § 3º Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos (Grifos nossos).

Em 1979, houve a publicação da Lei nº 6.766, que alterou significativamente as regras a respeito do parcelamento do solo urbano, até então normatizada pelo Decreto-Lei nº 58/1937. O ato registral de desmembramento e de loteamento adquiriu um novo formato, com requisitos mais rigorosos.

A condição de estatização dos cartórios somente foi alterada em 1982, por meio da Emenda Constitucional nº 22, com a reprivatização dos cartórios. O art. 207 da EC nº 22/1982 determinava que os serviços extrajudiciais seriam providos na forma da legislação dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos. Engana-se, portanto, quem repete que o concurso público para provimento e remoção em serviços notariais e registrais iniciou apenas com a Constituição Federal de 1988. Desde a Emenda Constitucional nº 22/1982, o concurso público já era a regra constitucional.

Em 1985, foram criadas regras específicas para a lavratura da escritura pública por meio da Lei nº 7.433. Tal legislação, posteriormente regulamentada, trouxe o rol dos documentos necessários para a lavratura de escrituras de constituição de direito real.

A nossa Constituição Federal de 1988 deu maior ênfase para a função social da propriedade, inovou em outras modalidades de usucapião e, por meio do art. 236, consolidou o caráter privado das serventias notariais e registrais, reforçando a obrigatoriedade de concurso público para provimento e remoção.

Logo após a promulgação da nossa Constituição Cidadã, deu entrada às nossas vidas a tecnologia trazida pela década de 1990. Até então acostumados com máquinas de datilografia, mesmo que eletrônicas, nessa época foram bastante popularizadas ferramentas que nos acompanham até hoje, como: computadores, celulares, internet, impressoras, *scanners*. Sem dúvida, tais ferramentas trouxeram um avanço significativo aos serviços registrais, na medida em que os atos que, na década de 1970, eram manuscritos, na década de 1980, eram datilografados, na década de 1990, começaram a ser escriturados de forma mais ágil e segura, com o uso de editores de textos, de *softwares* e de impressoras.

Em 1994, a Lei nº 8.935 – Lei dos Notários e Registradores – marcou pela independência funcional e administrativa dos titulares, com a dispensa de autorização para nomeação de escreventes e substitutos, até então exigida. Também houve a desnecessidade de autorização de abertura dos livros obrigatórios. Além disso, essa lei regulamentadora definiu os limites de responsabilidade

administrativa, civil e criminal dos titulares e de seus prepostos, relacionando hipóteses de penalidades e sanções.

No que toca à regulamentação da forma de fixação de emolumentos, foi em 2000, com a Lei nº 10.169, que se esclareceu que a competência de fixação é de cada unidade federativa, devendo a legislação federal tratar apenas das regras.

Em 2001, foi criado o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257 –, o qual representou um avanço no que diz respeito ao ordenamento urbano, criando vários instrumentos de política urbana, como a outorga onerosa do direito de construir, operações de consórcio urbano, transferência do direito de construir, IPTU progressivo, desapropriação com pagamento em títulos. Todos esses esforços foram no sentido de garantir uma adequada função social da propriedade, prevista constitucionalmente.

Em 2002, com o novo Código Civil, houve a extinção da anticrese e da constituição de novas enfiteuses, a não ser em terrenos de marinha, a consolidação do direito de superfície e o reconhecimento de direito real de aquisição pela promessa de compra e venda registrada. Houve, também, alteração nos prazos de aquisição de propriedade por meio de usucapião.

Em 2004, a Lei nº 10.931, além de introduzir a cédula de crédito bancário, alterou os arts. 212 a 214 da Lei nº 6.015, delegando ao registrador de imóveis a apreciação e a análise da retificação administrativa para alterações que não fossem apenas advindas de erros evidentes.

Em 2009, pela Lei nº 11.441, a partilha *causa mortis* ou por separação e divórcio, que até o momento era de competência exclusiva do Poder Judiciário, passou a poder ser formalizada por escritura pública, de forma administrativa, atendidos alguns requisitos. Além dessa inovação, a Lei nº 11.977 apresentou aos serviços registrais três grandes novidades, quais sejam: o Programa Minha Casa, Minha Vida, novas formas de regularização fundiária e o registro eletrônico, de uso obrigatório a partir de 7 de julho de 2014.

Após essa ligeira passagem pela linha do tempo da Lei nº 6.015/1973, verifica-se que o Direito Registral Imobiliário foi profundamente atingido, sendo que, de 120 dispositivos legais, foram percebidas 120 alterações. É como se fosse uma nova legislação para o Registro de Imóveis, sem contar toda a legislação esparsa atinente à matéria.

Títulos	Dispositivos	Quantidade	Alterações
I – Disposições Gerais	1 a 28	29	8
II – Registro de Pessoas naturais	29 a 113	85	24
III – Registro Civil das Pessoas Jurídicas	114 a 126	13	2
IV – Registro de Títulos e Documentos	127 a 166	40	0
V – Registro de Imóveis	168 a 288	121	120
VI – Disposições Finais	289 a 299	11	7

Fonte: elaboração do autora.

Foi mesmo no início do século XXI que as ferramentas tecnológicas expandiram de maneira a impactar os Registros de Imóveis de forma marcante e irreversível, como a criação da Central do Registro de Imóveis pela Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (Arisp), em parceria com o IRIB. Desde 2005, o Poder Público, no Estado de São Paulo, envia ofícios de forma eletrônica ao serviço registral imobiliário. Essa ferramenta já economizou quase dois bilhões de reais até a presente data em papel, impressão e correios, sem falar no tempo dos funcionários públicos envolvidos.

Figura 3: Ofício Eletrônico

Apesar de ser uma ferramenta que traz muita segurança, agilidade e economia, a maioria das unidades federativas ainda não se integrou à Central. Espera-se, no entanto, que, com a chegada do prazo limite da Lei nº 11.977, os Registros de Imóveis de todo o país estejam interligados. Abaixo, os estados que já estão integrados:

Mapa 1: Estados integrados

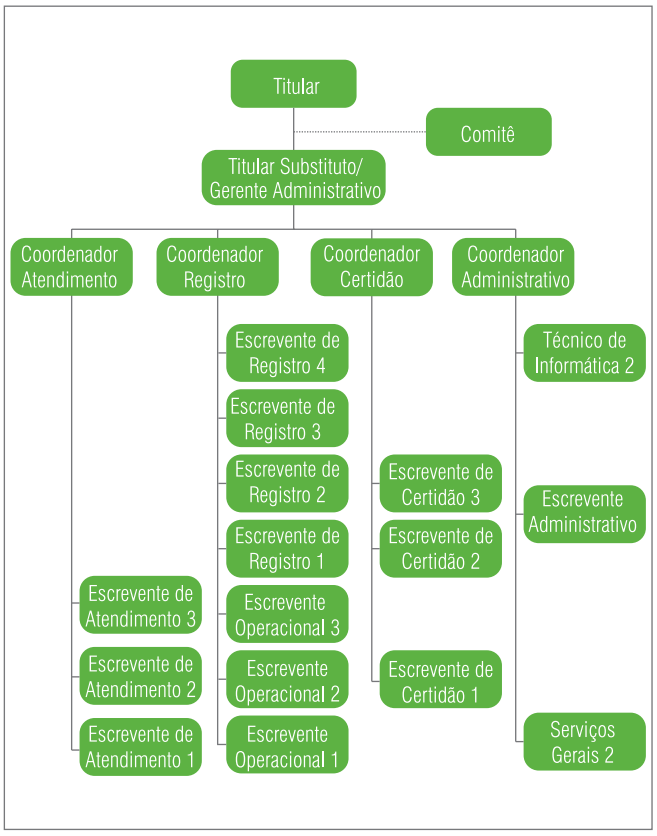
Mesmo com toda essa evolução tecnológica, o principal fator de evolução dos Registros de Imóveis ao longo das últimas quatro décadas foi a mudança de cultura. Com a reiteração dos concursos públicos, investimento em gestão de qualidade, elaboração de planejamento estratégico, capacitação dos colaboradores, os Registros de Imóveis passaram a oferecer a seus usuários serviços de excelência. Não somos servidores públicos, mas somos servidores do público.

Somente investindo em gestão, conseguimos oferecer o melhor serviço para o usuário. Em uma serventia, não basta conhecimento jurídico, é necessário gestão de pessoas e de processos. No planejamento estratégico, são analisados os pontos fortes, os pontos fracos, as ameaças e as oportunidades de melhoria. Após esse diagnóstico organizacional, é preciso estabelecer objetivos estratégicos, que geram planos de ações em diferentes áreas, como equipe, usuários, processos, inovação, responsabilidade socioambiental.

Importante, também, em todo esse processo, é medir os resultados por meio de indicadores. No 1º Registro de Imóveis de Joinville, hoje, já somamos 208 diferentes indicadores mensais. Somente se medindo é que somos capazes de controlar os gargalos, o que está dando certo e o que precisa ser melhorado.

Independentemente do tamanho da serventia, é de grande valia a definição de competências e de atribuições da equipe, elaborando um organograma e setorizando atividades. Somente assim, o titular terá condições de delegar tarefas, de forma clara, e cobrar por resultados preestabelecidos.

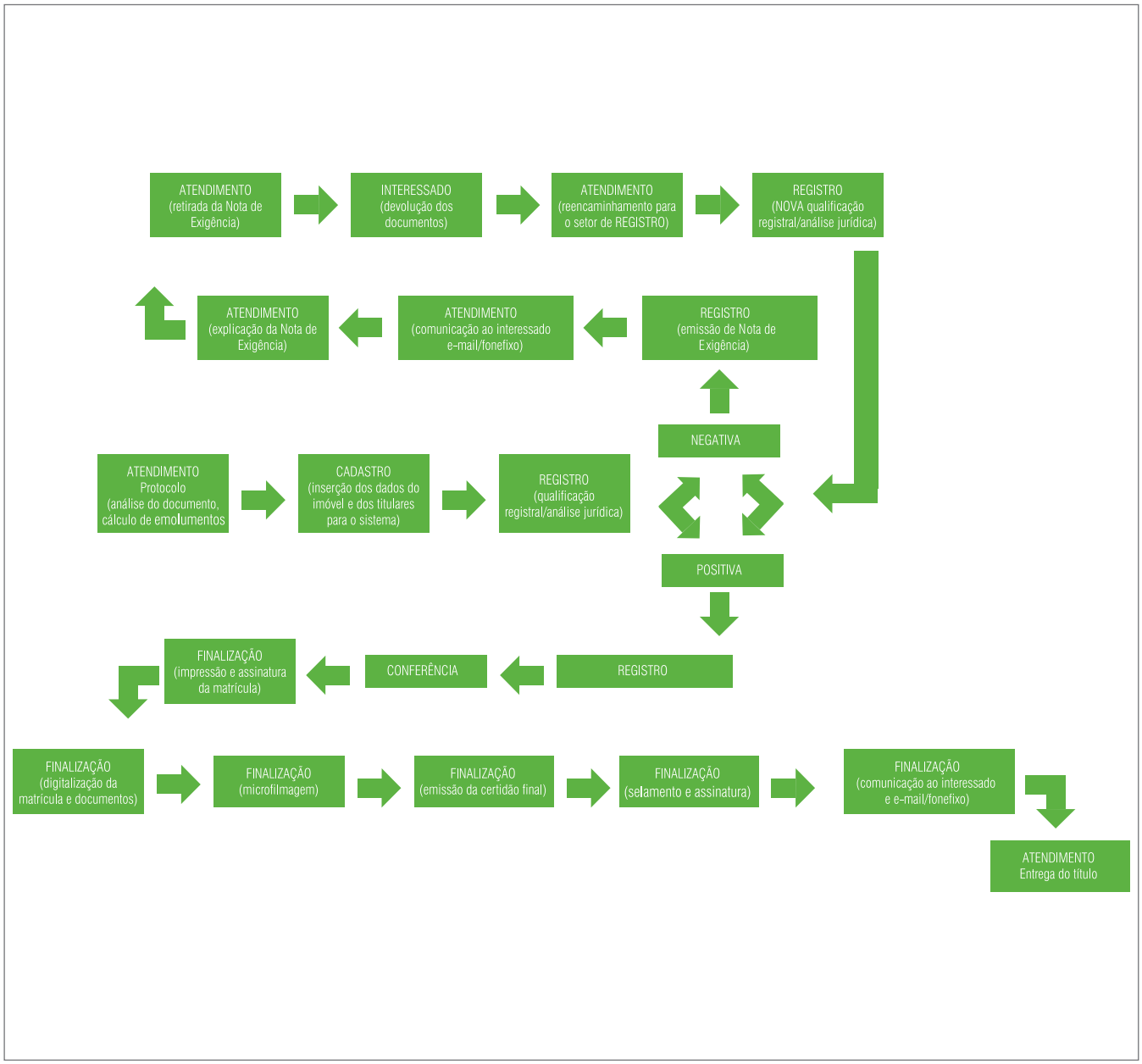
Organograma 1: Competências e atribuições



Fonte: elaboração da autora.

Outro fator de suma importância é a elaboração do Procedimento Operacional Padrão (POP) para todos os atos da serventia, desde o atendimento inicial do usuário até a finalização dos documentos, a fim de que sejam praticados de forma padronizada. Em função disso, o título registral (escritura pública, instrumento particular, título judicial), será analisado por cada um dos setores, seguindo um fluxograma interno de ações.

Fluxograma 1: Ações internas



Fonte: elaboração da autora.

O investimento não pode se limitar aos processos e às ferramentas tecnológicas. O principal investimento que deve ser feito e o que resulta em melhores resultados é o na equipe. Ninguém consegue oferecer o que não tem. E é por essa razão que a equipe de colaboradores, mais que capacitada juridicamente, precisa estar integrada, comprometida e motivada.

Não se deve esquecer, também, da responsabilidade que temos com a sociedade, nossos usuários, e com o meio ambiente, nosso *habitat*. Um dos projetos de responsabilidade socioambiental que o 1º Registro de Imóveis de Joinville desenvolve é "Concurso Acadêmico Nota Dez", que integra os acadêmicos de ciências jurídicas de cinco faculdades de Direito. Esses acadêmicos entram em contato com o Direito Notarial e Registral, participam de um miniconcurso e são premiados. Com isso, há uma disseminação do Direito Notarial e Registral e um estímulo a esses acadêmicos prestarem concurso público na área. Mesmo que não venham a ser titulares de cartórios, serão juristas, professores, magistrados, promotores, procuradores, advogados com mais conhecimento sobre essa área tão específica e tão pouco conhecida.

A evolução e a modernização do Registro de Imóveis nos últimos 40 anos passou por muitas alterações e inovações de legislação. O Direito Registral foi profundamente marcado e modificado. Com os avanços tecnológicos, a escrituração que anteriormente era manuscrita, passou à fase da datilografia e, hoje, os atos são realizados dentro de *softwares* específicos, impressos, digitalizados, microfilmados, oferecendo-se uma segurança e uma agilidade muito maior aos usuários. E, mais importante, houve uma mudança de cultura, tendo os titulares investido em gestão de qualidade, a fim de oferecer um serviço de excelência a seus usuários, razão da nossa existência. ■

Foto: JRP Fotografias

Naurican Lacerda, registrador de imóveis em São José/SC, região da Grande Florianópolis

Regime Jurídico dos Emolumentos Notariais e de Registro em face da Constituição Federal e da Lei nº 10.169/2000

//Naurican Ludovico Lacerda

Registrador de imóveis em São José/SC, região da Grande Florianópolis. Mestre em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF). Especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC/Minas, especialista em Direito Processual Civil pela Funcesi-MG. Ex-tabelião de notas, ex-tabelião de protestos, ex-registrador civil das pessoas jurídicas, ex-registrador civil das pessoas naturais e ex-registrador de títulos e documentos no Distrito Federal. Professor de Direito Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões, Teoria Geral do Direito Privado e Direito das Coisas. Professor de Direito Notarial e Registral.

1. Introdução

Ante o regime privado da atividade notarial e registral, os emolumentos representam tópico de extrema importância, pois constituem o substrato material para o regular e eficiente funcionamento das serventias extrajudiciais.

Ao contrário das diversas atividades públicas que absorvem bilhões do orçamento governamental, o regime privado significa que as serventias não recebem fundos custeados pela população em geral, pois os titulares atuam por sua própria conta e risco.

E os riscos são enormes. Uma simples certidão, de valor inferior a nove reais, no Estado de Santa Catarina, pode gerar responsabilidade civil de milhões de reais ao delegatário. Um reconhecimento de firma é outro ato de valor de emolumentos muito baixo que representa operação de grande risco, pois, mormente, nas alienações de veículos, há quadrilhas especializadas na confecção de identidades falsas, muitas obtidas com o uso de papéis legítimos, extraviados de órgãos públicos.

Apesar disso, o tratamento dado aos emolumentos pelos operadores jurídicos e pelos legisladores, na maioria das vezes, é completamente dissociado de seu regime constitucional. Os motivos pelos quais isso acontece serão tratados logo a seguir, após o que se passará ao estudo jurídico propriamente dito.

2. Obstáculos epistemológicos a uma apreciação jurídica e isenta das situações concernentes aos emolumentos notariais e de registro

Não há interpretação sem intérprete; não existe observação se estiver ausente o observador. Em ambas as situações, há um ser humano indissociável de suas convicções e preconceitos. Popper (POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1993), em análise sobre a produção do conhecimento científico, advogava que jamais ocorre produção científica isenta da influência do cientista. O pesquisador cônscio não deve ignorar seus preconceitos, mas identificá-los e tentar minorar a contaminação de sua pesquisa por sua condição pessoal.

A interpretação correta das leis sobre emolumentos necessita da superação dos obstáculos normalmente encontrados pelo intérprete. Entre os principais óbices a essa adequada análise, temos:

- significativo desconhecimento da atividade: a grande maioria dos operadores jurídicos não sabe distinguir o tabelião do registrador, sequer sabe que os impostos sobre a transmissão de bens e direito pertencem ao Estado. Isso se deve em grande parte ao fato de as faculdades de Direito não administrarem a disciplina de forma adequada; na maioria, a disciplina sequer é ofertada de forma facultativa aos discentes;
- a função do delegatário ainda é tida como privilégio obtido por apadrinhamento político, apesar de a obrigatoriedade do concurso público ser hoje firmemente observada, como preconiza o § 3º do art. 236 do texto constitucional, graças, primordialmente, à firme atuação do Conselho Nacional de Justiça;
- a complexidade dos atos notariais e registrais é desconhecida da população, o trabalho e o risco de um ato são ignorados, o que leva à sensação de que os emolumentos seriam "injustos" – um ato registral envolve uma série de procedimentos, controles, averiguações e comunicações a inúmeros órgãos governamentais (IBGE, INSS, Receita Federal, Incra etc.), e a falta de observância a qualquer um dos inúmeros procedimentos necessários gera pesadas multas e responsabilidade civil dos notários e dos registradores;
- muitos operadores jurídicos consideram os emolumentos como salário dos delegatários, desconhecendo os riscos da atividade e que todas as despesas são de responsabilidade do titular: comparam-se as receitas totais de uma serventia com os subsídios de promotores e juízes, sem considerar que o regime é completamente diverso. Um professor de Direito percebe bem menos que um promotor; o engenheiro civil assalariado tem rendimentos pessoais inferiores aos do construtor para o qual trabalha, pois as atribuições e as responsabilidades são bem distintas. Comparar as receitas de uma serventia com a remuneração de servidores públicos é usar a mesma medida para situações muito díspares. Para inúmeras questões, as serventias são consideradas quase que empresas (responsabilidade trabalhista, fiscal etc.), as suas receitas devem ter enfoque similar também.
- considera-se que os "cartórios ganham demais" pelo fato de algumas poucas serventias terem arrecadação bem superior ao teto constitucional dos vencimentos dos servidores públicos, desconsiderando todos os riscos da atividade e um fato incontestável: a grande maioria das serventias tem receitas muito baixas diante de todos os ônus que suportam. De acordo com levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2006, dois terços das serventias extrajudiciais possuem receitas mensais inferiores a dez mil reais, o que significa um rendimento mensal aos seus titulares menor do que o de um servidor público de nível médio, com atribuições maiores, mais complexas e extensa e ilimitada responsabilidade civil por seus atos. Inclusive, os "cartórios maiores" somente possuem receita superior por realizarem uma quantidade maior de atos, mas o trabalho e a responsabilidade também são proporcionalmente superiores. Esse "ganho" elevado ocorre por uma economia de escala, que importa possibilidade de melhores serviços ao mesmo "preço" pagos às serventias menores;
- existe o conceito de que os prestadores não deveriam enriquecer com serviços públicos, isso está expresso em diversas propostas constitucionais de estatização dos serviços, mas é contrário ao regime jurídico privado. Faculdades, hospitais, empresas de comunicação e concessionárias de serviços públicos, todas devem ter lucro, pois esse é o regime privado. Por que um indivíduo deveria ser obrigado a arriscar todo o seu patrimônio e seu sossego pessoal assumindo um risco e uma responsabilidade perante todos os órgãos públicos e a sociedade sem ser remunerado por isso? Deve

haver sobra monetária para que o delegatário forme um patrimônio compatível com a sua responsabilidade e seu risco e, quanto maior esse patrimônio, mais robusta a garantia do usuário de que o prestador do serviço possui condições de lhe ressarcir por eventual prejuízo em futura demanda.

3. A superação dos obstáculos que impedem a isenta análise jurídica do regime jurídico constitucional dos emolumentos notariais e de registros

A correta aplicação do regime de emolumentos passa por medidas metajurídicas que visam à retirada dos entraves psicológicos a uma análise técnico-jurídica da questão, como:

- o reconhecimento da importância do Sistema Notarial e Registral Brasileiro e de que ele é um dos mais eficientes e de menor custo real do mundo (desembargador Marcelo Rodrigues do TJ/MG demonstra que nossos atos notariais são 600 vezes mais seguros do que os dos Estados Unidos da América, e Fernando Gonzalez demonstra que as instituições financeiras fraudaram o sistema hipotecário daquele país que, sob a desculpa da rapidez, simplesmente é controlado por grandes corporações que só visam ao lucro, mesmo que tenham de cometer crimes para atingir seus objetivos). Adquirir um imóvel nos Estados Unidos não só é uma verdadeira aventura, pois a insegurança e a falta de informações precisas são a regra, como é muito mais oneroso, já que esse risco de aquisição precisa ser coberto por um seguro da operação que chega à ordem de cinco por cento do valor do imóvel, ao passo que, no Brasil, uma simples certidão imobiliária fornece todas as informações relativas à propriedade predial. A crise mundial causada pelo arcaico e inepto sistema de (falta de) registro das hipotecas americanas, em que instituições financeiras enormes chegaram a criar hipotecas fictícias (conforme cita Fernando Gonzalez), comprovou como o sistema estadunidense é inferior ao nosso;
- a demonstração da complexidade dos atos registrais: emitir uma certidão é bem mais complexo que tirar cópia de um documento, é preciso analisar se há outro protocolo vigente (que pode ser um título judicial pendente de resposta há mais de um ano), certificar qualquer título ainda tramitando, conferir todos os atos impressos, verificar se o imóvel não passou a pertencer a outra circunscrição e certificar, caso tenha, além de haver custos inerentes à conservação do acervo documental que serve de lastro à certidão e de sua manutenção. Os atos registrais requerem um sem-número de controles, comunicações e procedimentos que demandam, por vezes, dezenas de operações humanas, todas sujeitas a erros, pois o ser humano erra e isso gera responsabilidade civil.

O entendimento dos custos de um serviço e da inviabilidade de haver cartórios estatizados é outra medida que se impõe. Se o operador jurídico considera que os serviços públicos deveriam ser gratuitos e que o regime privatizado não é o mais adequado, dificilmente terá condições de uma interpretação imparcial e jurídica das leis que regem a cobrança de emolumentos e tenderá a ampliar o já extenso rol de isenções legais em irregular interpretação extensiva dessas isenções.

4. Análise financeira dos custos de um serviço público "gratuito" – nada é de graça, "*there is no free lunch*"

O custo de um serviço público, em regra, precisa ser analisado para bem além do mero valor cobrado daquele que usufrui diretamente dele. Quando se fala que um serviço é gratuito, muitas vezes deixa-se de analisar quem está pagando por aquilo que tem apenas aparência de não ter custo. Holmes e Sunstein (HOLME, Stephen e SUNSTEN, Cass. *The Cost of Rights*: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999) fazem minuciosa análise sobre os custos de direitos, que é comum serem considerados gratuitos. Os acessos à justiça, à propriedade, à liberdade não são conquistas que podem ser mantidas sem dispêndio, mas, ao contrário, implicam a manutenção de aparato estatal considerável, que necessita de fonte financeira robusta e constante.

Uma certidão emitida gratuitamente por um órgão público tem seu custo, muitas vezes, mais elevado do que outro serviço cobrado. O funcionário que atende ao usuário, o sistema utilizado, as instalações físicas em que se situa o órgão e outros insumos diversos, como papel de segurança, água, luz, telefone etc., todos têm seu custo, e algum ente por eles responde, pagando a população em geral, mesmo aquela miserável que não tem como adquirir um imóvel. Uma certidão da Justiça Eleitoral, apesar de gratuita, custa a cada brasileiro mais de vinte reais por ano, quer ele a solicite ou não, pois, conforme se vê no quadro abaixo extraído da Lei do Orçamento Geral da União de 2013, somente esse ramo do Judiciário consome quase cinco bilhões de reais do orçamento público por ano.

Tabela 1: Anexo II – Despesa dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, por órgão orçamentário

Discriminação	Tesouro (A)	Outras Fontes (B)
Câmara dos Deputados	4.974.026.365	
Senado Federal	3.539.312.203	
Tribunal de Contas da União	1.445.324.253	
Supremo Tribunal Federal	519.810.690	
Superior Tribunal de Justiça	1.023.495.635	
Justiça Federal	7.764.010.936	
Justiça Militar da União	429.741.527	
Justiça Eleitoral	4.954.842.604	
Justiça do Trabalho	14.358.172.411	
Justiça do Distrito Federal e dos Territórios	1.795.306.398	
Conselho Nacional de Justiça	232.565.685	
Presidência da República	1.889.881.538	132.763.014
Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	10.391.842.381	174.394.764
Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação	8.300.768.864	1.123.317.520
Minstério da Fazenda	23.951.668.198	392.376.598
Ministério da Educação	79.038.203.739	2.248.601.142
Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	1.673.323.922	1.074.372.110
Minstério da Justiça	11.679.150.990	1.152.913
Ministério de Minas e Energia	10.626.521.113	269.040.301

5. Patrimônio do registrador é garantia da responsabilidade civil dos atos e beneficia o usuário

Como já disse anteriormente, grande parte das serventias são de pequeno porte e são extremamente prejudicadas pelos benefícios concedidos a certos segmentos de maior poder político. As maiores somente têm maior faturamento porque realizam mais atos e, na mesma proporção, têm mais trabalho e responsabilidade com eles.

Há situações em que a União impõe ao registrador a remuneração de um único ato (como preconiza o art. 237-A da Lei nº 6.015/1973), mas em que ele pratica dezenas ou centenas de atos e tem de responder civilmente por todos eles e não por um único, inclusive nas informações à Receita Federal, cuja omissão ou erro enseja a multa de 1% sobre o valor da operação (sem nenhuma limitação).

Essas situações contrárias ao ordenamento prejudicam todos os demais usuários dos serviços da serventia, pois o registrador fica impossibilitado materialmente de contratar mais auxiliares para a prática do ato (aumentando o prazo para a prática de atos que prejudica toda a população), impede que sejam feitos investimentos nas instalações físicas e, ainda, tem reduzido seu patrimônio, que é a garantia de poder ressarcir eventual dano provocado por qualquer falha no serviço prestado, conforme determina o Código de Processo Civil (CPC): "Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".

Se o registrador não recebe os emolumentos correspondentes aos atos que pratica, fica impossibilitado não só de atender melhor aos outros usuários que não têm a felicidade de possuir grande poder econômico, como passa a possuir menor lastro patrimonial para garantir eventual dano que causar. Ou seja, quem perde é toda a sociedade.

6. A tragédia dos cartórios estatizados

Muitas vezes, por trás da aplicação de isenções e interpretações legislativas que aviltam os emolumentos, há como substrato psicológico o sentimento de que esses serviços deveriam ser prestados diretamente pelo poder público, mas essa configuração demonstrou-se caótica, conforme se viu durante décadas no Estado da Bahia, atualmente em fase de migração para o regime privado, demandando imenso esforço por parte de todos os envolvidos, especialmente o Poder Judiciário baiano.

7. Serviços notariais e de registro desafogam o Poder Judiciário e são alternativa para prestar serviços muito mais céleres e de menor custo

De acordo com o desembargador José Renato Nalini, corregedor-geral de Justiça do Estado de São Paulo, na cerimônia de lançamento da Central Registradores de Imóveis da Arisp (no ano de 2013):

> As serventias extrajudiciais são a solução para desafogar o Judiciário e são exemplo de eficiência [...] devemos delegar ao extrajudicial o maior número de atribuições possível.

A Lei nº 11.441, que estabeleceu a possibilidade de realização de inventários/partilhas e divórcios pelos tabelionatos, demonstrou como os notários podem auxiliar no desafogamento do Poder Judiciário, a um custo menor para o usuário e de forma muito mais célere, procedimentos que demandariam meses ou anos podem ser feitos no mesmo dia.

O colapso dos serviços extrajudiciais iria significar o caos no sistema judiciário, com milhões de ações em razão de demandas que certamente surgiriam, em razão da insegurança criada e nos litígios que emergiriam (nos EUA, 9% do PIB é destinado ao Poder Judiciário em razão do excesso de demandas, fruto de não haver serviços notariais e registrais eficientes como o nosso. Conforme já se mencionou, o des. Marcelo Rodrigues do TJ/MG classifica os serviços notariais e de registro brasileiros como 600 vezes mais seguros que os estadunidenses).

Custos dos executivos fiscais e sua alternativa gratuita pelo protesto extrajudicial

Segundo Nota Técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), denominada "Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional":

> O valor médio cobrado nas ações movidas pela PGFN é de R$ 26.303,25.
>
> Conforme os resultados apresentados, pode-se afirmar que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela PGFN junto à Justiça Federal é de R$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8%. Considerando-se o custo total da ação de execução fiscal e a probabilidade de obter-se êxito na recuperação do crédito, pode-se afirmar que o *breaking even point*, o ponto a partir do qual é economicamente justificável promover-se judicialmente o executivo fiscal, é de R$ 21.731,45.

Assim, em média, obtém-se resultado de R$ 6.786,24 por ação cobrada, com custo de R$ 5.606,67. Acontece que, dos R$ 26.303,25 cobrados, o resultado líquido para a União é de apenas R$ 1.179, 57, o que representa 4,48% do que é cobrado do contribuinte.

O protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa (CDAs) é a solução gratuita para desafogar as inúmeras ações de executivos fiscais. Um exemplo disso é Santa Catarina, que tem obtido resultados extremamente expressivos de recuperação dos valores devidos à Fazenda dos municípios.

Como se viu, no executivo fiscal, a União cobra, em média, R$ 26.303,25, que, após 9 anos, 9 meses e 16 dias, considerada

a taxa de sucesso de 25,8%, resulta em R$ 6.786,24 de receita para a União. Descontado o custo de cobrança, que é de R$ 5.606,67, resta apenas R$ 1.179,57, o que representa 4,48% do que é cobrado.

Considerando o custo do aparelho judicial federal, os custos das varas de executivos fiscais, seria mais econômico que não houvesse vara de execução fiscal nem procuradores federais atuando nos executivos fiscais, pois assim a União economizaria bilhões.

8. Custos totais dos principais negócios realizados em cartórios

Segue abaixo um quadro que demonstra que a maior parcela dos custos dos negócios jurídicos não é devida aos emolumentos, mas se destina a tributos sem contraprestação de municípios, estados ou da União ou a outros profissionais.

9. Regime privado e obrigatoriedade de remuneração dos atos notariais e de registro

Em face do art. 236 da CF e das diversas decisões do STF, não há dúvida de que a atividade notarial e registral se dá pelo regime privado que impõe remuneração de forma similar ao das concessionárias de serviços públicos.

Na ADI nº 3.089, que decidiu acerca da incidência do ISSQN sobre a remuneração dos serviços notariais e registrais, a Corte Maior deixou claro, mais uma vez, que o regime de exploração da atividade notarial e registral é o privado:

> As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva.
>
> A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

Não se pode considerar os delegatários como exercendo atividade privada que visa à sua remuneração como privada para a finalidade de recolhimento de tributos diversos sobre seus rendimentos e, ao mesmo tempo, considerar que essa atividade não é privada quando do direito de percepção de emolumentos.

10. Natureza jurídica dos emolumentos

Conforme já decidiu exaustivamente o STF (ADI nº 3.089, entre outras), os emolumentos são tributos da espécie taxa. A partir dessa premissa, é possível a análise de seu regime jurídico e das consequências advindas dele.

Dispõe o Código Tributário Nacional (CTN) que:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.
>
> Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
>
> I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
>
> II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.
>
> Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Mais adiante, define o fato gerador da taxa:

> Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas res-

Transferência de Veículo			
% do custo total	Reconhecimento de Firma	% do custo total	Custo total
98%	R$ 2,40	2%	R$ 109,45
Registro de Compra e Venda Imóvel de R$ 500.000,00 que não seja de marinha			
% do custo total	Registro	% do custo total	Custo total
94%	R$ 1.040,00	6%	R$ 16.040,00
Registro de Compra e Venda (cessão de enfiteuse) Imóvel de R$ 500.000,00 de marinha			
% do custo total	Registro	% do custo total	Custo total
97%	R$ 1.040,00	3%	R 41.040,00
Divórcio consensual por escritura pública sem bens			
% do custo total	Tabelionato de Notas	% do custo total	Custo Total
99%	R$ 26,00	1%	R$ 2.535,66

pectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Estabelece a Constituição Federal:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

§ 1º – Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º – As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos

Lei nº 10.169/2000, Lei Geral dos Emolumentos

A Lei nº 10.169/2000, que regula o art. 236 da Constituição Federal, deixa expressa a competência constitucional dos Estados e do Distrito Federal para fixar o valor dos emolumentos e estabelece seus fundamentos de cobrança:

Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei.

Parágrafo único. O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.

Como se vê no Parágrafo único do art. 1º, os emolumentos devem ser suficientes para suportar o efetivo custo da realização dos atos notariais e de registros e a sua "*adequada e suficiente remuneração*".

Os arts. 2º e 3º trazem outras regras gerais relativas à fixação e à possibilidade de cobrança dos emolumentos.

Art. 2º Para a fixação do valor dos emolumentos, a Lei dos Estados e do Distrito Federal levará em conta a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro, atendidas ainda as seguintes regras:

I – os valores dos emolumentos constarão de tabelas e serão expressos em moeda corrente do País;

II – os atos comuns aos vários tipos de serviços notariais e de registro serão remunerados por emolumentos específicos, fixados para cada espécie de ato;

III – os atos específicos de cada serviço serão classificados em:

a) atos relativos a situações jurídicas, sem conteúdo financeiro, cujos emolumentos atenderão às peculiaridades socioeconômicas de cada região;

b) atos relativos a situações jurídicas, com conteúdo financeiro, cujos emolumentos serão fixados mediante a observância de faixas que estabeleçam valores mínimos e máximos, nas quais enquadrar-se-á o valor constante do documento apresentado aos serviços notariais e de registro.

Parágrafo único. Nos casos em que, por força de lei, devam ser utilizados valores decorrentes de avaliação judicial ou fiscal, estes serão os valores considerados para os fins do disposto na alínea b do inciso III deste artigo.

Art. 3º É vedado:

I – (VETADO)

II – fixar emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro;

III – cobrar das partes interessadas quaisquer outras quantias não expressamente previstas nas tabelas de emolumentos;

[...]

A partir desse arcabouço legislativo, advêm as principais características dos emolumentos notariais e de registro e seu regime jurídico, conforme será analisado a seguir.

11. Fundamentos jurídico-econômicos dos emolumentos

Ensina Paulo de Barros Carvalho, em parecer sobre a natureza jurídica dos emolumentos notariais e registrais – disponível em ww.anoreg.org.br, p. 22 –, que a taxa de serviços notariais e de registro é determinada em função do custo estimado do serviço, a ser pago pelo usuário do serviço e pode ser descomposto em dois principais elementos:

(i) o custo efetivo da prestação (que inclui a remuneração dos prepostos e seus infindáveis reflexos tributários e trabalhistas, as instalações físicas e sua manutenção, os sistemas de informática, serviços de água, coleta de lixo, energia elétrica, segurança etc.);

(ii) o risco e a responsabilidade envolvidos no exercício dessa atividade.

Somente com a justa retribuição, considerando esses dois elementos, é possível falar em correspondência dos emolumentos ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, prevista no art. 1º da Lei Geral de Emolumentos (nº 10.169/2000).

Isso significa que a taxa paga pelo usuário dos serviços notariais e de registro deve ser suficiente para cobrir todos os custos da atuação estatal, inclusive a justa remuneração do titular da serventia. Essa remuneração, por sua vez, será adequada se proporcional ao risco que a atividade envolve, especialmente em face da responsabilidade atribuída aos notários e aos registradores.

12. Custos do risco da realização do ato notarial ou registral

Todo ato humano envolve incerteza e risco de falha. Esse risco se agrava nas atividades em que há considerável conteúdo econômico que, em razão disso, ficam expostas a tentativas de fraudes. Todo ato notarial e de registro embute em si uma espécie de seguro pela correta prestação do serviço.

Atos tidos como gratuitos também encerram grandes riscos.

A simples falta de envio de uma informação à Receita Federal implica multa de até 1% do valor do negócio jurídico, como estipula a Lei nº 10.426/2002:

> Art. 8º Os serventuários da Justiça deverão informar as operações imobiliárias anotadas, averbadas, lavradas, matriculadas ou registradas nos Cartórios de Notas ou de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos sob sua responsabilidade, mediante a apresentação de Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI), em meio magnético, nos termos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal.
> § 1º A cada operação imobiliária corresponderá uma DOI, que deverá ser apresentada até o último dia útil do mês subseqüente ao da anotação, averbação, lavratura, matrícula ou registro da respectiva operação, sujeitando-se o responsável, no caso de falta de apresentação, ou apresentação da declaração após o prazo fixado, à multa de 0,1%(zero vírgula um por cento) ao mês-calendário ou fração, sobre o valor da operação, limitada a 1% (um por cento), observado o disposto no inciso III do § 2º.
> § 2º A multa de que trata o § 1º:
> I – terá como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo originalmente fixado para a entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, da lavratura do auto de infração;
> II – será reduzida:
> a) à metade, caso a declaração seja apresentada antes de qualquer procedimento de ofício;
> b) a 75%(setenta e cinco por cento), caso a declaração seja apresentada no prazo fixado em intimação;
> III – será de, no mínimo, R$ 20,00 (vinte reais). (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004).
> § 3º O responsável que apresentar DOI com incorreções ou omissões será intimado a apresentar declaração retificadora, no prazo estabelecido pela Secretaria da Receita Federal, e sujeitar-se-á à multa de R$ 50,00 (cinqüenta reais) por informação inexata, incompleta ou omitida, que será reduzida em 50% (cinqüenta por cento), caso a retificadora seja apresentada no prazo fixado.

Essa multa não deixa de existir se o ato foi feito gratuitamente por disposição legal.

Ou seja, se por um erro de comunicação (que pode até ser do próprio site da Receita Federal), uma falha no sistema de informática utilizado pelo delegatário ou uma omissão de seu funcionário, a simples informação do registro não for recebida pelo órgão de fiscalização, o registrador ou notário será obrigado a pagar 1% sobre o valor do título registrado. Esse valor não tem limite, ao contrário dos emolumentos, que costumam ter limites baixos. Em Santa Catarina, em média, os emolumentos representam somente entre 0,1% e 0,2% dos valores de todas as transações objeto de registros ou averbações.

Da mesma forma, os funcionários não deixam de perceber seus salários por estarem realizando atos não remunerados, mesmo a parcela devida ao INSS sobre a remuneração desse colaborador deixa de ser devida (ainda que o ato gratuito esteja sendo realizado em favor da União ou do próprio INSS).

Soma-se a isso o risco de fraudes, pois até mesmo títulos judiciais com partes beneficiárias da justiça gratuita (o STJ mudou seu entendimento original e passou a entender que os benefícios da justiça gratuita se estendem aos emolumentos, apesar de não haver essa previsão na Lei nº 1.060/1950) podem ser falsificados, temos que o custo da responsabilidade pelo ato notarial e registral é altíssimo.

O custo do risco no Código Civil

A necessidade da correta remuneração pelo risco está positivada em nosso ordenamento jurídico.

Na parte que disciplina o seguro, há expressa estipulação de que o pagamento de prêmio considerando risco inferior ao que realmente existia invalida o contrato de seguro:

> Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.
> Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.
> Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

Fica assim bem claro que os atos notariais e registrais trazem grande risco de causar danos, e esse risco deve ser remunerado.

13. Competência para legislar sobre a remuneração de atos notariais e de registro

Conforme assentado acima, os emolumentos têm natureza jurídica de tributo, espécie taxa.

Quanto à competência legislativa para instituir tributos, dispõe a Constituição Federal:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
> I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
> II – orçamento;
> III – juntas comerciais;
> IV – custas dos serviços forenses;
> § 1º – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Cada ente possui competência para legislar sobre os próprios tributos, sendo vedado a um estabelecer em relação ao outro isenções ou reduções de tributos, que são classificadas como isenções heterônomas pela doutrina, conforme dispõem os arts. 145, inc. II, e 151, inc. III:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> I – impostos;
> II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; [...]
> Art. 151. É vedado à União:
> III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Especificamente dispondo sobre emolumentos, há o art. 236, § 2º, que determina que a União legislará a respeito de regras gerais de emolumentos:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
> § 2º – Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

O que são regras gerais do Direito Tributário?

Segundo lições do ministro Aliomar Baleeiro:

> É norma geral de Direito Tributário, dentre outras, a que define o fato tributável, adote ou não os conceitos e definições dos negócios de direito privado, assim como a que regula a prescrição e outros institutos do Direito Tributário, inclusive o processo (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 2ª ed., p. 38).

Pontes de Miranda destaca que:

> a União [...] não pode fixar o quanto, nem editar regras jurídicas sobre pressupostos de oportunidade, ou limitações temporárias, ou especiais, ou discriminações territoriais, ou contra o princípio da isonomia (*Comentários à Constituição Federal* de 1946, 2ª ed., I/368).

Entretanto, tem a União continuamente usurpado a competência legislativa dos Estados para editar regras que nada têm de geral, mas dispõem a respeito de situações bem específicas sobre emolumentos, sem nenhum caráter de generalidade, como ocorre com a Lei nº 11.977, que disciplinou o Programa Minha Casa, Minha Vida e reduziu emolumentos, inclusive para incorporadores, ainda que fora desse programa governamental, conforme se discute adiante.

14. Inconstitucionalidade das isenções/reduções de emolumentos pela União

Com relação à impossibilidade de a União isentar/reduzir tributos da competência dos Estados (como é o caso dos emolumentos notariais e de registro), está expresso na Carta Magna:

> Art. 151. É vedado à União:
> [...]
> III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Mesmo quando o ente é competente para estabelecer a isenção, é dever do administrador ao estabelecer a renúncia de receita as fontes de custeio:

> Da Renúncia de Receita (Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000
> Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: (Vide Medida Provisória nº 2.159, de 2001) (Vide Lei nº 10.276, de 2001)
> I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;
> II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.
> § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.
> § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

A infração a esse dispositivo chega a ter cominações penais, conforme dispõe a mesma LC nº 101/2000:

> Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.
> Art. 73-A. Qualquer cidadão, partido político, associação ou

> sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Ainda que fosse possível à União isentar ou reduzir valores de emolumentos, necessária seria a prévia determinação do fundo de compensação para a remuneração dos atos.

Assim decidiu o ministro Edson Vidigal do STJ na Suspensão de Segurança nº 1.404:

> Decido.
>
> Dinheiro não dá em árvores. Por mais verdes que sejam, as folhas não se transmudam em Dólares. Nem nos Reais da nossa atual unidade monetária, que exibe uma mulher cega, ar desolado de quem ganhou e logo perdeu a última olimpíada.
>
> Não é difícil fazer lei sob as melhores intenções. Nem vale lembrar o Getúlio, soberbo – "a lei, ora a lei [...]" Oportuno, porém, lembrar o Bismarck, pasmo – "Não me perguntem sobre como se fazem as leis, nem as salsichas".
>
> Ora, as leis terão que obedecer sempre à ordem constitucional, à lógica do Estado de Direito Democrático, o qual se funda em valores e em princípios, segundo a idéia de que a democracia há de buscar sempre o melhor para todos.
>
> Assim, não pode haver, por exemplo, uma lei suprimindo o direito de propriedade.

Inconstitucionalidades do art. 237-A da Lei nº 6.015/1973 editada pela União

Exemplo bizarro da usurpação da competência da União sobre a questão dos emolumentos encontramos no art. 237-A da Lei nº 6.015/1973, trazida por Lei 11.977/2009, que dispõe que:

> Art. 237-A. Após o registro do parcelamento do solo ou da incorporação imobiliária, até a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam o empreendimento serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas eventualmente abertas. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)
>
> § 1º Para efeito de cobrança de custas e emolumentos, as averbações e os registros relativos ao mesmo ato jurídico ou negócio jurídico e realizados com base no caput serão considerados como ato de registro único, não importando a quantidade de unidades autônomas envolvidas ou de atos intermediários existentes. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)
>
> § 2º Nos registros decorrentes de processo de parcelamento do solo ou de incorporação imobiliária, o registrador deverá observar o prazo máximo de 15 (quinze) dias para o fornecimento do número do registro ao interessado ou a indicação das pendências a serem satisfeitas para sua efetivação.(Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)
>
> § 3º O registro da instituição de condomínio ou da especificação do empreendimento constituirá ato único para fins de cobrança de custas e emolumentos.

Essa norma é flagrantemente inconstitucional por afrontar o inc. III do art. 151 da Constituição federal, o regime privado das serventias do art. 236, o princípio da vedação de discriminação tributária em razão da ocupação profissional, positivado no

inc. II do art. 150, além de outros dispositivos da Carta Magna, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na ACO nº 1.646/RJ.

As palavras do ministro Joaquim Barbosa explicam isso magistralmente:

> É pacífico nesta Corte que as custas e os emolumentos judiciais e extrajudiciais têm natureza tributária (cf., por todos, a ADI nº 3.089, red. p/ acórdão min. Joaquim Barbosa, DJE de 1º/8/2008).
>
> A Constituição de 1988 proíbe expressamente que um ente federado conceda exoneração, total ou parcial, de tributos cuja competência para instituição seja de outro ente federado (art. 151, III da Constituição). O obstáculo tem por objetivo proteger a ampla latitude da autonomia conferida a cada um dos entes, nos termos do pacto federativo, ao assegurar que as fontes de custeio constitucionalmente destinadas ao membro da Federação fiquem livres do arbítrio caprichoso da vontade política parcial de um de seus pares.
>
> Em especial, a salvaguarda recebe maior prestígio quando se trata do impedimento imposto à União, ente federado que reconhecidamente conta com meios mais eficientes de pressão indireta para condicionar a conduta, as chamadas sanções políticas.
>
> Assim, a exoneração escalonada ou integral posta nos arts. 43 e 44 da 11.977/2009 caracteriza-se como isenção heterônoma, proibida constitucionalmente, ao menos neste momento de juízo inicial (Grifo nosso).

A Lei nº 11.977/2009 é flagrantemente inconstitucional por afrontar o inc. III do art. 151 da Constituição federal, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na ACO nº 1.646/RJ.

Novamente o ministro Joaquim Barbosa explica:

> Por outro lado, o apelo à competência da União para criar normas gerais em matéria de serviços notariais extrajudiciais é destituída de plausibilidade, por duas razões preponderantes. Inicialmente, as normas em discussão referem-se à instituição de tributos e do custeio propriamente dito dos serviços notariais, matéria que também é regulada pelos arts. 145, II e 151, III da Constituição, e não apenas do art. 236, § 2º da Constituição. Ademais, a própria Constituição imuniza certos fatos contra a instituição e cobrança de custas judiciais e de emolumentos extrajudiciais (art. 5º, XXXIV e LXXVI, a e b da Constituição). A exoneração potencialmente causa desequilíbrio entre as fontes de custeio e os custos da atividade judicial e notarial, de modo a impelir os entes federados a estabelecer "forma de compensação aos registradores civis das pessoas naturais pelos atos gratuitos, por eles praticados, conforme estabelecido em lei federal" (art. 8º da Lei nº 10.169/2000).
>
> Dada a existência do dever de compensação proporcional à exoneração, o benefício estabelecido pela União tende a transferir aos estados-membros e ao Distrito Federal o custo da isenção conferida, colocando-os em delicada situação interna, considerados os anseios e pleitos dos delegados notariais que serão diretamente afetados pelas normas federais.
>
> Ante o exposto, **indefiro** o pedido para antecipação dos efeitos da tutela.
>
> No prazo comum de cinco dias, digam as partes as provas que desejam produzir, de forma a especificar o respectivo objetivo e a pertinência ao desate da lide.
>
> Comunique-se o teor desta decisão à Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
>
> Intimem-se. Publique-se.
>
> Brasília, 14 de setembro de 2010.
>
> Ministro **JOAQUIM BARBOSA**
>
> Relator

Despacho do ministro Joaquim Barbosa, em 11 de outubro de 2010, no mesmo processo comprova a necessidade de compensação por isenções/reduções de emolumentos, atenção à observância do regime privado da delegação inserto no art. 236 da Carta Magna:

> Vistos. No prazo de dez dias, diga o estado-réu se há legislação local que exonere, no todo ou em parte, as atividades ligadas à Lei federal 11.977/2009 do pagamento de custas e emolumentos judiciais ou extrajudiciais (notariais). No mesmo prazo, informe o estado-réu se as exonerações locais eventualmente existentes foram precedidas de consideração sobre eventual necessidade de recomposição do valor das custas ou dos emolumentos e, em caso positivo, como foi partilhado o custo gerado. Ainda neste prazo comum de dez dias, aponte a União se foi considerada a necessidade de recomposição das custas e dos emolumentos e se tal necessidade foi previamente debatida com os estados federados (e o Distrito Federal), bem como com representantes dos serviços delegados notariais. Intimem-se. Publique-se.

Impossibilidade de isenções somente em favor de uma ocupação profissional – os incorporadores

O mesmo art. 237-A consegue ainda afrontar o princípio da vedação de discriminação tributária em razão da ocupação profissional, positivado no inc. II do art. 150 do texto constitucional.

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
>
> II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, **proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida**, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...] (Grifos nossos).

Apesar dessa vedação, o art. 237-A traz regra de cobrança de emolumentos que privilegia somente os incorporadores : "[...] as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias [...]".

Averbações e os registros relativos a qualquer outra pessoa não gozam do mesmo benefício legal, o que, claramente, representa privilégio inconstitucional.

Afora essas violações à nossa norma fundamental, deve-se discutir ainda a interpretação conforme a constituição desse curioso dispositivo legal.

Interpretação conforme a constituição do art. 237-A da Lei nº 6.015/1973

Havendo duas interpretações possíveis para uma norma infraconstitucional, sendo uma conforme a constituição e outra contrária à ordem constitucional, impõe-se como única alternativa possível ao intérprete a aplicação da regra conforme a Carta Magna, em razão do princípio da supremacia da constituição sobre as normas de hierarquia inferior à sua.

Ainda que se desconsidere o vício de inconstitucionalidade da vedação de criação de isenção heterônoma acima debatida, o regime privado da atividade notarial e registral impõe a interpretação, conforme a constituição do art. 237-A.

Obrigar o registrador a realizar inúmeros atos sem a percepção dos emolumentos correspondentes viola o regime privado da delegação, pois a realização de atos humanos envolve custos que são suportados pelo delegatário (não pelo poder público), o que impõe sua remuneração.

Conforme já se discorreu, os custos não são somente aqueles correspondentes à atividade de confeccionar os atos, mas também os relacionados aos riscos relativos à atividade registral advinda dos atos e das possíveis falhas de sua realização, já que toda atividade humana é falível.

O Juízo da Vara da Fazenda e Registros Públicos da Comarca de São José (SC) sempre interpretou o art. 237-A da única forma compatível com a nossa ordem constitucional (a interpretação de norma conforme a constituição é obrigação do operador jurídico): o art. 237-A somente incide quando o ato envolver todo o empreendimento, pois, nesse caso, poderia ser realizado na matrícula-mãe do imóvel, o que não ocorre com atos que não envolvam todo o empreendimento, mas somente algumas unidades autônomas, o que obriga a realização de diversos atos de registro, pois impossível sua realização na matrícula de origem do empreendimento – que demandaria somente um ato, conforme decisão no Processo nº 064.12.031283-6:

> se o ato apontado para registro se refere ao empreendimento como um todo, deve ser considerado como ato único, não importando se implique também no registro nas demais matrículas eventualmente abertas; se diz respeito a negócio jurídico relativo à unidade autônoma, individualizada, é ato independente que deve ser registrado em matrícula própria a ser aberta, caso ainda não tenha sido efetuada, mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado (Lei 6.015/73, art. 228). II – Providencie-se a citação do Requerido com as advertências legais, consignando que eventual resposta deverá conter de forma clara e objetiva os pontos controvertidos. III – Intime-se e cumpra-se.

Nossa ordem jurídica constitucionalmente estabelecida não permite que o poder público imponha ao particular que realize dezenas ou centenas de atos registrais sem receber a devida remuneração pelo trabalho e risco que tal serviço impõe, ou que receba somente o equivalente à realização de único ato. Tal imposição seria obviamente inconstitucional e equivaleria a obrigar o incorporador a construir centenas de apartamentos, ter o custo e o risco correspondente a centenas de unidades e ter de vendê-los pelo preço de uma única.

Com o registro da incorporação ou parcelamento do solo, o terreno objeto do empreendimento (matrícula-mãe) desmembra-se em diversas unidades imobiliárias, como apartamentos ou lotes (matrículas-filhas), que passam a ter existência jurídica independente, ainda que não construídas (pois podem ser objeto de negócios jurídicos e de registro independentes das demais unidades).

Um ato realizado na matrícula-mãe (que é a do terreno do edifício sendo construído, no caso da incorporação) envolve todo o empreendimento e repercute obrigatoriamente em todas as unidades autônomas.

Dessa forma, uma hipoteca que envolva todo o empreendimento (todas as unidades autônomas) poderia, em tese (caso não se considere obrigatória a abertura de matrículas no momento do registro da incorporação), ser realizada em um único ato, na matrícula-mãe.

Ao contrário, uma hipoteca que não envolva todos os apartamentos e todas as outras espécies de unidades autônomas não pode ser realizada na matrícula do terreno, mas tem de ser registrada em cada matrícula correspondente a cada unidade autônoma, pois existirão aqueles imóveis não onerados pela hipoteca.

O princípio da unitariedade da matrícula determina que cada imóvel deva ter sua própria matrícula (art. 176, § 1º, inc. I, Lei nº 6.015/1973), aberta obrigatoriamente por ocasião do primeiro registro (art. 228, Lei nº 6.015/1973), tal determinação foi consignada em decisão sobre a aplicação do art. 237-A da Lei nº6.015/1973 do Judiciário catarinense:

> Tratando-se do primeiro registro do ato de alienação, constituição de direito real de garantia, cessão ou demais negócios jurídicos relativo às unidades autônomas, individualizadas, deverão ser abertas matrículas autônomas, caso o Oficial não tenha exercido a faculdade de abri-las antecipadamente, sendo tais atos passíveis de cobrança de custas e emolumentos, de forma independente.

(Sentença no Processo 064.11.008417-2, Comarca de São José-SC)

Suponha um edifício com quatro apartamentos como unidades autônomas, sendo a matrícula do terreno a de número 10.000 e a dos apartamentos de números 20.001, 20.002, 20.003 e 20.004.

Se todo o edifício for dado em hipoteca, esta garantia poderia ser registrada na matrícula-mãe, pois envolve todo o empreendimento (podendo ser realizado esse registro em um único ato) e repercutiria sobre todos os quatro apartamentos. Haveria somente um registro de hipoteca.

Nessa hipótese, em que é possível realizar um ato único, não se está impondo ao registrador que realize dezenas ou centenas de atos e cobre somente um (o que obviamente é inconstitucional), pois poderia ser realizado somente um ato, em tese.

Ao passo em que, em uma hipoteca na qual se dá em garantia apenas dois imóveis, como os apartamentos de matrículas 20.001 e 20.002, sem dar em garantia os demais imóveis do mesmo empreendimento, não se pode onerar os demais imóveis, de matrículas 20.003 e 20.004, e, portanto, o registro da hipoteca não pode ser realizado em um único ato na matrícula-mãe, que repercute em todo o empreendimento, mas exige que sejam realizados dois registros de hipoteca, um na matrícula 20.001 e outro na matrícula 20.002.

Dessa forma, por força da obrigatoriedade de interpretação, conforme a constituição, a aplicação do art. 237-A é restrita aos atos que se refiram ao empreendimento como um todo, não quando se refere apenas a algumas unidades autônomas, sem abranger as demais, conforme reiteradas decisões neste Estado, como as abaixo. Tal posicionamento foi, inclusive, consignado como regra a ser adotada para todo o Estado de Santa Catarina constante do Enunciado nº 15 da Anoreg/SC e ATC/SC:

> ENUNCIADO Nº 15 – REGISTRO DE GARANTIA EM UNIDADES AUTÔNOMAS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA RELATIVO À PESSOA DO INCORPORADOR
>
> Os atos de registro de garantia relativos à pessoa do incorporador que considerem todo o empreendimento serão realizados como ato único, mesmo que existentes matrículas abertas para as unidades autônomas em construção. Já as garantias que tiverem como objeto unidades autônomas específicas serão consideradas atos registrais individualizados, inclusive para fins de cobrança de Fundo de Reaparelhamento da Justiça (FRJ) e de emolumentos, independentemente da abertura ou não de matrículas autônomas.

Assim, caso o empreendedor capte financiamento, mas dê em garantia apenas algumas unidades (e não todas), o art. 237-A não poderia ter aplicação.

Essa é a interpretação conforme a constituição do art. 237-A (*caput*), abaixo transcrito.

> Art. 237-A. Após o registro do parcelamento do solo ou da incorporação imobiliária, até a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos **que envolvam o empreendimento** serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas eventualmente abertas (Grifo nosso).

Tal interpretação é a mesma esposada pela 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (Processo 0000238-93.2012.8.26.0100, DJE de 14/3/2012):

> A última hipótese se refere à hipoteca contratada somente para incidir sobre algumas das frações ideais a que corresponderão futuras unidades autônomas previamente especificadas, permanecendo parte do imóvel livre do ônus real. Nesse caso, os emolumentos devem ser cobrados de forma separada para o registro da garantia em relação a cada uma das frações ideais atingidas.

Esse posicionamento também tem eco no Judiciário catarinense, em face de recentes decisões.

> Ou seja, se o ato apontado para registro se refere ao empreendimento como um todo, deve ser considerado como ato único, não importando se implique também o registro nas demais matrículas eventualmente abertas; se diz respeito a negócio jurídico relativo à unidade autônoma, individualizada, é ato independente que deve ser registrado em matrícula própria a ser aberta, caso ainda não tenha sido efetuada, mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado (Lei nº 6.015/1973, art. 228).
>
> [...] não se pode confundir "ato único", relativo à pessoa do incorporador ou referente a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam o empreendimento como um todo; com atos referente à alienação, constituição de direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam as unidades autônomas. Ou seja, se o ato apontado para registro se refere ao empreendimento como um todo, deve ser considerado como ato único, não importando se implique também no registro nas demais matrículas eventualmente abertas; se diz respeito a negócio jurídico relativo à unidade autônoma, individualizada, é ato independente que deve ser registrado em matrícula própria a ser aberta, caso ainda não tenha sido efetuada, mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado (Lei nº 6.015/73, art. 228).
>
> (Decisão no Processo 064.12.031283-6, Comarca de São José)

15. Isenções sem prévia compensação são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e um desrespeito à Constituição Federal e a seus princípios, exceto quando já previstas no texto constitucional

Dispõe o preâmbulo da Carta Constitucional:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Não se admite um regime de exceção, que se caracteriza por situações em que se excepciona a aplicação dos direitos e das garan-

tias fundamentais. Em outras palavras, o direito à remuneração dos atos notariais e registrais não pode ser tratado como uma situação de exceção, onde os princípios constitucionais não se aplicam.

Os direitos e as garantias fundamentais devem ser aplicáveis a todos, não se admitindo discriminação em razão "de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas":

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II – garantir o desenvolvimento nacional;
> III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O fato de alguns legisladores ou operadores jurídicos considerarem que os registradores "ganham muito" não autoriza que se aplique contra eles um regime de exceção.

Desvalorizar o trabalho do registrador ou tabelião é violar a Constituição

Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, estão: "IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]".

Ao impor trabalho sem remuneração aos registradores, violam-se esses fundamentos, pois a atividade registral se dá pelo regime privado, não recebe os bilhões de orçamento público que os órgãos públicos extraem do orçamento público anualmente. Dessa forma, faz jus o registrador aos emolumentos pelo trabalho que ele desempenha, ou pagos diretamente pelo usuário, ou ressarcidos integralmente pelo poder público.

Nas palavras do desembargador José Renato Nalini, corregedor-geral de Justiça do Estado de São Paulo, os serviços extrajudiciais estão entre os melhores serviços públicos de nosso país. Isso é até simples de se verificar, pois é difícil haver quem considere que a qualidade dos serviços prestados por um cartório seja inferior àquele de um hospital público, ou ao do INSS ou de outros órgãos públicos em geral.

Se para nenhum outro prestador de serviço público se impõe a atuação sem remuneração, por que seria constitucional essa imposição aos cartórios?

16. Isenções previstas expressamente no texto constitucional são as únicas que prescindem de prévia fonte de custeio

O direito brasileiro não admite a tese de que existem normas constitucionais originárias inconstitucionais. Assim, o texto original da Constituição Federal deve ter seus diversos dispositivos compatibilizados entre si em toda atividade interpretativa.

Em razão disso, as isenções previstas na Carta Magna são constitucionais e são exceção à necessidade de prévia fonte de recurso, pois o próprio legislador originário previu sua gratuidade.

Isso ocorre no que diz respeito aos atos do registro civil relacionados ao exercício da cidadania, como registro e fornecimento de certidões de nascimento, óbito e casamento (conforme decidido pelo STF na ADI nº 1.800).

Essas exceções não se aplicam a outras isenções/reduções de emolumentos não previstas constitucionalmente, por mais que o Estado queira fomentar a atividade de construtores/incorporadores e o sistema financeiro.

17. Responsabilidade pelo ressarcimento de atos isentos

Lecionava Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed., Ed. Malheiros):

> 4.2.3 Fato do príncipe – Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis.
> O fundamento da teoria do fato do príncipe é o mesmo que justifica a indenização do expropriado por utilidade pública ou interesse social, isto é, a Administração não pode causar danos ou prejuízos aos administrados, e muito menos a seus contratados, ainda que em beneficio da coletividade. Quando isso ocorre, surge a obrigação de indenizar.

O constitucionalista Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer disponível em www.anoreg.org.br, enfatiza que:

É perfeitamente cabível aplicar às delegações notariais/registrais regime Jurídico análogo ao da concessão de serviço publico no que concerne à garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Daí que o Poder Público (federal e estadual), a bem de realizar políticas públicas, não pode, sem a correspondente previsão de uma compensação econômico-financeira, obrigar notários/registradores a prestarem serviços gratuitamente, suportando, assim, com seus patrimônios pessoais, os ônus decorrentes desta política pública.

Aliás, esse é o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.089.

Dessa forma, inconteste que o ente que institui a isenção deva arcar com os seus custos, e não o particular responder com seu patrimônio pessoal para atender a políticas públicas.

18. Atos remuneráveis pelos emolumentos

Quais atos devem ser remunerados por emolumentos?

É comum, por todas as questões de fundo analisadas no início do presente trabalho, que os operadores jurídicos queiram ampliar o rol de atos isentos, advogando que, apesar de expressa previsão legal, algumas espécies de atos deveriam ser "suportadas" por notários e registradores e não cobradas dos usuários.

Em razão disso, é importante estabelecer quais atos devem ser remunerados e quais não.

Todo ato humano demanda tempo e, muitas vezes, suporte material extenso, como instalações físicas, equipamentos, treinamento etc. Além disso, toda atividade é falível e sujeita a erros, implicando risco de responsabilidade civil.

O ato de comunicar algo aos diversos órgãos públicos, tipo de ocorrência que a cada dia aumenta mais, demanda tempo do colaborador da serventia, utilização de equipamentos e instalações, treinamento e está sujeita a diversas penalidades, muitas de considerável expressão econômica, como a emissão da Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI) para a Secretaria da Receita Federal, cujo erro na prestação da informação implica pesada multa ao delegatário. Assim, esse ato de comunicação possui um custo que pode ter previsão legal de remuneração, como acontece no Estado do Rio de Janeiro, que assim dispõe em sua Lei de Emolumentos: "6 – Expedição e emissão de guias e comunicações exigidas por lei: 5,53".

É preciso lembrar que, quando um colaborador pratica qualquer ato, ele deverá ser remunerado pelo delegatário e sobre essa remuneração incidem diversos encargos, como a contribuição ao INSS, que é devida mesmo quando o colaborador pratica atos isentos para o próprio INSS.

Assim, todos os atos e atividades realizados pelo registrador e que atendem às características de divisibilidade e especificidade inerente ao tributo de espécie taxa, do art. 145 da CF, "serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição", desde que haja previsão na lei de emolumentos do estado, devem, por determinação legal e constitucional, ser remunerados pelo usuário.

No Estado de Santa Catarina, havia recorrente resistência à aplicação da Lei de Custas e Emolumentos no tocante à remuneração do serviço de microfilmagem realizado pelos Registros de Imóveis, apesar de expressamente previsto pela Lei Complementar nº 156/1997, na tabela de Registro de Imóveis, Tabela II, item 2, Nota 7, que determina a cobrança de R$ 2,17 por imagem microfilmada.

A Lei nº 11.977/2009, a mesma que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida, estipula a digitalização de todos os documentos dos Registros de Imóveis. Os registros e os títulos deverão estar disponíveis a todos os usuários. Em razão disso, a digitalização e a microfilmagem são procedimentos obrigatórios para a consecução dos ditames legais.

Curiosamente, em 20 de dezembro de 2013, foi promulgada a Lei Complementar Estadual 621/2013, determinando que os usuários dos serviços do Poder Judiciário teriam de pagar pela digitalização dos processos, confirmando que tais atos, quando realizados e previstos em lei estadual, devem ser remunerados.

19. A fiscalização realizada pelo Poder Judiciário pode ser remunerada por taxa de fiscalização

O poder de polícia tem definição expressa no Código Tributário Nacional:

> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)
>
> Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

A taxa de fiscalização serve para remunerar os custos do serviço de fiscalizar os atos notariais e de registro e a responsabilidade civil do Estado em possível dano causado ao usuário, conforme posicionamentos da Suprema Corte:

> ADI 3151 / MT – MATO GROSSO
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
> Relator(a): Min. CARLOS BRITTO
> Julgamento: 08/06/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
> III – Taxa em razão do poder de polícia: a Lei mato-grossense nº 8.033/2003 instituiu taxa em razão do exercício do poder de polícia.

20. Os fundos de ressarcimento devem ser destinados ao ressarcimento integral dos atos, não podendo ter destinação diversa

É importante que os fundos de ressarcimento sejam administrados pelas entidades de classe e não pelo poder público, pois se referem a valores destinados a uma atividade privada, podendo ser fiscalizados pelo Poder Judiciário. Entretanto, não se pode admitir que parcela dos valores que foram arrecadados para a compensação de atos gratuitos sejam destinados

a fins estranhos aos quais foram instituídos e para os quais foram cobrados dos usuários, como, por exemplo, quando o poder público destina esses recursos para si.

A Lei nº 10.169/2000 determina que:

> Art. 8º Os Estados e o Distrito Federal, no âmbito de sua competência, respeitado o prazo estabelecido no art. 9º desta Lei, estabelecerão forma de compensação aos registradores civis das pessoas naturais pelos atos gratuitos, por eles praticados, conforme estabelecido em lei federal.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não poderá gerar ônus para o Poder Público.

Da mesma forma que essa compensação não deve gerar ônus para o poder público, ela não pode ter sua destinação desviada daquela para a qual foi instituída, gerando receita indevida para os entes públicos ou para destinação diversa. A espécie de tributo taxa deve ter uma finalidade específica para a qual foi criada que não pode ser desvirtuada, ainda que se esteja falando de eventual sobra de arrecadação, até porque não deveria haver sobra.

21. Ações práticas contra isenções/reduções inconstitucionais – Mandados de Segurança e Ações de Cíveis de Reparação de Danos

A maneira mais eficaz de luta contra a imposição de isenções inconstitucionais é por meio de mandados de segurança, preferencialmente coletivos, por meio das entidades de classe.

O MS deve ser manejado contra a autoridade coatora e pode se dar na modalidade preventiva. Assim, havendo decisão administrativa ou ameaça de decisão que determine a aplicação de norma inconstitucional, pode ser utilizado esse remédio constitucional para fazer cessar a inconstitucionalidade.

Outra forma de combater essas isenções é ajuizar ação de indenização contra a União para que os registradores sejam ressarcidos pelos atos gratuitos ou com redução de emolumentos que estão obrigados a praticar por leis inconstitucionais da União.

Di Pietro defende veementemente a responsabilidade da União por leis inconstitucionais:

> Mesmo exercendo parcela da soberania, o Legislativo tem que se submeter à Constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais;
> 2. nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais;
> 3. ao terceiro argumento, responde-se que a eleição do parlamentar implica delegação para fazer leis constitucionais. Com relação às leis inconstitucionais, a tese da responsabilidade do Estado é aceita, entre outros, por Amaro Cavalcanti (1957:313), Guimarães Menegale (1957:50), Cretella Júnior (1970; v. 8:253), Diógenes Gasparini (1989:403), Juarez C. Silva (1985:292).
> Este último autor coloca o tema da responsabilidade do Estado de forma unitária, que abrange atos dos três Poderes. O fundamento que ele aponta, nos três casos, é o princípio do Estado de Direto, vale dizer, o da plena submissão de toda a atividade estatal ao Direito, concebendo-se este como criado pelo Estado, senão como algo que se coloca acima do Estado.

A empresa de transportes aéreos Varig ajuizou demanda em razão do congelamento de preços e tem sido exitosa até o momento. No *site* do STF (Notícias STF, quarta-feira, 8 de maio de 2013), tem-se notícia de demanda em que a Justiça Federal reconhece a responsabilidade da União por ato legislativo inconstitucional:

> **Plenário: partes defendem argumentos em RE que trata de indenização à Varig**
> Após o relatório apresentado pela ministra Cármen Lúcia no Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) durante o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 571969, que envolve uma causa bilionária da Varig, as partes envolvidas no processo apresentaram seus argumentos sobre o caso. No RE, a União questiona decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que determinou o pagamento de indenização à companhia aérea no valor de R$ 2,2 bilhões, que, segundo apontou a representante da Advocacia-Geral da União (AGU), Grace Mendonça, chegaria a R$ 3,057 bilhões em valores atualizados.
> A indenização é relativa a perdas que a empresa alega ter sofrido em virtude do congelamento de preços estipulado pelo Plano Cruzado. Segundo a Varig, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de transporte aéreo por ela firmado foi comprometido em virtude da política econômica vigente à época, que teria obrigado a empresa a praticar preços abaixo dos estabelecidos pelo mercado.

22. Por que não haver serviços de correios gratuitos para todos os entes públicos?

A União tem defendido, em diversas ações judiciais como a ADPF nº 194, que as serventias extrajudiciais devem realizar todos os atos sem cobrança de emolumentos quando ela, União, for interessada, com fundamento no Decreto-Lei nº 1.537, de 1977.

Nada poderia ser mais inconstitucional. Por que um particular deve arcar com seu patrimônio para realizar um serviço para um ente público?

Se esse raciocínio é válido, também seria legal que todos os chefes de executivo editassem medidas provisórias ou promulgassem leis determinando que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) não pode cobrar pelos seus serviços quando prestados a entes públicos.

Uma norma oriunda da União não possui hierarquia superior à outra estadual. O governador de Santa Catarina poderia, então, editar medida provisória determinando que o seu estado não deve remunerar essa empresa pública pelos atos que realiza?

Aliás, como se noticia repetidamente nos meios de comunicação, a própria União realiza gastos vultuosos com despesas de remessa de correspondência.

Caso isso venha a ocorrer, ter-se-á situação menos inconstitucional do que a imposição de realização de atos gratuitos pelos cartórios, pois os Correios são uma empresa pública formada com recursos da União, ao passo que não há o ingresso de um centavo que seja do poder público para custear os serviços notariais e de registro.

Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, que criou a ECT, determinou que: "Art. 6º – O Capital inicial da ECT será constituído integralmente pela União na forma deste Decreto-lei".

Dispõe o Decreto nº 8.016/2013:

> Art. 6º O capital social da ECT é de R$ 2.070.231.254,11 (dois bilhões, setenta milhões, duzentos e trinta e um mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e onze centavos), constituído integralmente pela União.

Como se vê, o poder público fez aporte bilionário para o capital da ECT e sequer um centavo que seja para o custeio dos cartórios.

23. Insegurança jurídica e cobrança bilionária anual favorecendo instituições financeiras brasileiras para elaborações de contratos que deveriam ser gratuitos, mas que são cobrados

Os emolumentos das serventias extrajudiciais são muitas vezes apontados como fatores que dificultam ou impedem as transações imobiliárias. O quadro visto acima no nº 8 demonstra que a participação dessas taxas no custo total é muito inferior a outros custos, como o ITBI, ITCMD, Laudêmio etc.

Com o argumento de facilitar a aquisição do primeiro imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação e diminuir os custos dos adquirentes, a Lei nº 4.380/1964 (na redação dada pela Lei nº 5.049/1966), em seu art. 61, § 5º, permitiu às instituições financeiras integrantes do sistema que elaborassem os contratos com força de escritura, fazendo as vezes de tabeliães.

Abaixo, transcrevem-se os principais dispositivos sobre a questão, inseridos na Lei nº 4.380/1964:

> Art. 60. A aplicação da presente lei, pelo seu sentido social, far-se-á de modo a que sejam simplificados todos os processo e métodos pertinentes às respectivas transações, objetivando principalmente:
>
> I – o maior rendimento dos serviços e a segurança e rapidez na tramitação dos processos e papéis;
>
> II – economia de tempo e de emolumentos devidos aos Cartórios;
>
> III – simplificação das escrituras e dos critérios para efeito do Registro de Imóveis.
>
> Art. 61. Para plena consecução do disposto no artigo anterior, as escrituras deverão consignar exclusivamente as cláusulas, têrmos ou condições variáveis ou específicas. [...]
>
> § 5º Os contratos de que forem parte o Banco Nacional de Habitação ou entidades que integrem o Sistema Financeiro da Habitação, bem como as operações efetuadas por determinação da presente Lei, poderão ser celebrados por instrumento particular, os quais poderão ser impressos, não se aplicando aos mesmos as disposições do art. 134, II, do Código Civil, atribuindo-se o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, aos contratos particulares firmados pelas entidades acima citados até a data da publicação desta Lei. (Incluído pela Lei nº 5.049, de 1966).

A falta de escritura pública trouxe grave insegurança ao sistema, pois não é mais um profissional isento e capacitado que verifica a legitimidade e a capacidade das partes e as identifica de forma isenta, mas qualquer correspondente bancário, cujo maior interesse é a realização da transação. Esse correspondente é quem colhe as assinaturas e identifica os vendedores e os compradores.

Esses contratos deveriam ser gratuitos, mas, em regra, não o são, e, para tentar evitar isso, foi promulgado o art. 63 da Lei nº 10.931/2004, que proíbe que os contratos particulares celebrados pelas instituições financeiras sejam cobrados dos usuários:

> Art. 63. Nas operações envolvendo recursos do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema Financeiro Imobiliário, relacionadas com a moradia, **é vedado cobrar do mutuário a elaboração de instrumento contratual particular**, ainda que com força de escritura pública (Grifos nossos).

Entretanto, essas instituições continuam cobrando pela elaboração dos contratos, apesar de, geralmente, ela se dar por meio de débitos em conta com denominações das mais diversas ou por exigência de seu pagamento em espécie.

Assim, atualmente, o usuário perde duas vezes: deixa de ter a segurança jurídica que uma escritura pública traz (pois a instituição financeira não tem o mesmo cuidado com a identificação das partes e a isenção do ato que o tabelião possui) e paga um valor maior do que custaria a própria escritura quando a legislação prevê a gratuidade do contrato bancário.

No contrato abaixo, há expressa cobrança do usuário de cerca de R$ 4.020,00 que a instituição financeira diz ser destinada ao registro, mas que, provavelmente, se deu pela elaboração do contrato (já que os valores devidos pelo registro são inferiores a dois mil reais nesse caso).

VENDA E COMPRA DE IMÓVEL – FINANCIAMENTO Nº

área privativa de 12,00m², área de uso comum de 12,4876m², área real global construída de 24,48
fração ideal nº terreno de 5,5474m² ou 0,57866%.
O referido edifício acha-se construído sobre um terreno com a área de 958,57m².

B - Título Aquisitivo: M. , do
Atualmente os imóveis acima descritos encontram-se matriculados sob o nºs (Apartamento), (Box 14) e (Box 15), ambas do
Cadastro imóvel nº (Apartamento), (Box 14) e (Box 15) –

C - Ônus: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

D - Destinação: (X) residencial / ( ) comercial

E - Valor de Avaliação e Venda em Público Leilão: R$ 500.000,00

F - ATENÇÃO! Perda da Propriedade Cláusula 1 – Prazo de Carência para Expedição da Intimação para Purgar a Mora: 30 dias

G - Tarifa de Avaliação de Garantia: R$ 1.199,00

2 - PREÇO DE VENDA E COMPRA DOS IMÓVEIS	
Apartamento 102	R$ 301.500,00
Garagem 14	R$ 16.750,00
Garagem 15	R$ 16.750,00
Total	R$ 335.000,00
3 - FORMA DE PAGAMENTO DO PREÇO DE VENDA E COMPRA:	
A- Recursos Próprios	R$ 134.799,47
B- Recursos do FGTS	R$ 51.700,53
C- Recursos do Financiamento	R$ 148.500,00
4 - VALORES A FINANCIAR PARA O PAGAMENTO:	
A – do preço da venda	R$ 148.500,00
B – de despesas acessórias:	
(i) Tarifa de Avaliação de Garantia	R$ 1.199,00
(ii) Tarifa de Certidões e Documentos	R$ 0,00
C- dos custos estimados de:	
(i) Registros Cartorários	R$ 4.020,00
(ii) Imposto de Transferência de Bens Imóveis – Inter Vivos – ITBI	R$ 6.700,00
(iii) Laudêmio	R$ 0,00
D – Valor total do financiamento	R$ 160.419,00

Assim, demonstra-se que, no mesmo tempo em que há a criação de diversas isenções inconstitucionais, todo ano, bilhões de reais são cobrados ilegalmente de contratantes de financiamentos imobiliários, quando se exige que eles paguem pela elaboração dos contratos que deveriam ser gratuitos.

24. Deturpação dos institutos do Direito Registral para minorar emolumentos

Para reduzir os valores devidos por determinados atos, geralmente ligados a instituições financeiras, transformam-se atos de registro em averbação ou simplesmente retira-se a necessidade de realização do ato (como na cessão de crédito imobiliário entre instituições financeiras).

Entretanto, dispõe o CTN que:

> Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
> I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
> II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Assim, a mera alteração da denominação do ato registral, por exemplo, mudando seu nome de registro para averbação, mantendo sua característica de registro (com mesmo trabalho e responsabilidade de registro), não deveria alterar o valor devido a título de emolumentos, pois seus fundamentos remanescem.

O último exemplo de tal prática ocorreu na criação de averbação de portabilidade, em que o devedor deseja transferir sua dívida para outra instituição financeira para pagar juros menos abusivos, como dispõe a Lei nº 12.703/2012:

> Art. 4º O inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte item 30:
> Art. 167. .....
> II – .....
> 30. da substituição de contrato de financiamento imobiliário e da respectiva transferência da garantia fiduciária ou hipotecária, em ato único, à instituição financeira que venha a assumir a condição de credora em decorrência da portabilidade do financiamento para o qual fora constituída a garantia.
> Art. 5º O art. 25 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:
> Art. 25. .....
> § 3º Nas hipóteses em que a quitação da dívida decorrer da portabilidade do financiamento para outra instituição financeira, não será emitido o termo de quitação de que trata este artigo, cabendo, quanto à alienação fiduciária, a mera averbação da sua transferência.

O ato adequado seria a averbação do cancelamento da alienação fiduciária original e o registro de uma nova alienação fiduciária. Ou, ao menos, o registro de uma cessão de crédito. A cessão de direitos entre credores é típico ato de transmissão de direitos do Direito Civil, como a compra e venda, doação etc. Obteve-se, porém, a transformação desse ato em ato de averbação, que diz respeito à extinção de direitos reais ou sua alteração, mas não à sua transmissão.

Passou-se a chamar o ato de portabilidade de financiamento. Caso se mantivessem as mesmas condições do financiamento, estaríamos diante de uma cessão de crédito entre credores, sujeita a registro. Como há um novo financiamento, completamente diferente do anterior, com alteração de prazos e juros (que é o objetivo do devedor estar querendo "portar" o crédito para outro Banco), há uma extinção do financiamento anterior, gerando a extinção do direito real de garantia, e a realização de outro financiamento, com a necessidade de criação de outro direito real. Estamos diante de um ato de averbação e outro de registro.

Note-se que os fundamentos da cobrança de emolumentos são os mesmos de um registro: o trabalho para a realização do ato e a responsabilidade civil continuam sendo os de um ato de transmissão. A alteração da nomenclatura do ato não deveria alterar o valor devido e implicar violação a um princípio básico do Direito Tributário de que o tributo não se define pelo seu nome, mas pelas características do seu fato gerador, conforme arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional:

> Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.
> Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Curioso é notar que o fundamento para a criação de tal equívoco jurídico foi diminuir os custos do devedor e facilitar a "portabilidade", mas, como já se disse, não pode a União fomentar uma atividade às custas de um segmento da população; deveria ela subsidiar com recursos próprios as atividades que deseja incentivar, não com o patrimônio privado.

Mais interessante ainda é que, após esse malabarismo jurídico visando à redução de emolumentos, o Banco Central criou uma taxa que as instituições financeiras podem cobrar para transferir o seu crédito, sob o argumento de que o banco captador poderia ter prejuízos com a operação. Além disso, estipulou-se que tal custo não poderia ser repassado ao cliente (como se todo o custo da operação não fosse repassado ao devedor). Tal dispositivo está regulamentado na Resolução nº 4.292 do Conselho Monetário Nacional:

> Art. 10. Os custos relacionados à troca de informações e à transferência de recursos entre as instituições proponente e credora original não podem ser repassados ao devedor.

Matéria publicada em 23 de dezembro de 2013 pelo jornal *Brasil Econômico*, p. 20, diz claramente: as instituições financeiras repassam o custo da portabilidade dos contratos ao devedor.

Ademais, as instituições financeiras dificultam a portabilidade (demonstrando, mais uma vez, que não são os emolumentos que impedem a operação), conforme reportagem publicada no site eletrônico ig.com.br, intitulada: "Bancos dificultam portabilidade do crédito imobiliário – Mutuários reclamam de processos lentos. Algumas instituições financeiras nem mesmo iniciam a operação", da jornalista Marília Almeida, disponível em: <http://economia.ig.com.br/financas/casapropria/2013-04-25/bancos-dificultam-portabilidade-do-credito-imobiliario.html>.

25. Motivação política das leis que reduzem emolumentos

Todo ato humano possui alguma espécie de motivação. Evidente que a edição de leis atende à defesa de interesses específicos. Os agentes que possuem maior poder político também detêm aumentada capacidade de influenciar a elaboração de normas.

Conclusão

O presente trabalho tratou do regime jurídico dos emolumentos notariais e registro tendo como corolário sua natureza de taxa, espécie de tributo e o regime privado das atividades notariais e registrais.

Iniciou-se pelos obstáculos a uma isenta análise desse regime que tende a plasmar o debate jurídico sobre a matéria, impedindo conclusões consentâneas com o direito pátrio.

Nosso ordenamento jurídico não comporta lacunas ou "buracos negros" onde as regras constitucionais não se aplicam por convicção pessoal ou por qualquer outro interesse metajurídico.

O tratamento jurídico dado pelo poder público aos emolumentos geralmente foge muito do determinado pelo nosso regime constitucional, que não permite ao Estado criar regime de exceção para beneficiar segmentos da sociedade em detrimento de outros, muito menos fomentar atividade privada com expresso objetivo de lucro, às expensas de impor trabalho não remunerado e custos não ressarcidos a notários e registradores.

O regime constitucional do exercício da atividade notarial e registral é privado, art. 236 da CF, ADI nº 3.089 do STF. Assim, os atos realizados pelos delegatários, desde que previstos nas legislações estaduais que instituem os emolumentos, devem ser remunerados.

Apresentam-se como inconstitucionais tentativas legislativas de subsidiar categoria econômica que ostenta claro intuito lucrativo, ou qualquer outra parcela da população por meio de isenções ou reduções de emolumentos, sem a devida compensação, mormente quando se dá por lei editada por ente sem a devida competência tributária.

Não pode a União isentar ou reduzir emolumentos que são instituídos e alterados pelos estados, por infringir o art. 150, inc. II, b, da Constituição Federal.

Impossível ser considerada norma geral sobre a atividade registral aquela que concede isenção somente a uma espécie de usuário, como um ente público, ou a uma categoria econômica, como o art. 237-A, que concede redução de emolumentos aos incorporadores. Esses não são exemplos de normas gerais, mas nitidamente casuísticas.

Ainda que pudesse haver essa isenção heterônoma, seria devido ressarcimento àqueles que suportam o custo da realização dos atos, os delegatários.

Os prejuízos que notários e registradores vêm sofrendo em razão de normas inconstitucionais editadas pela União são passíveis de recuperação por meio de demandas judiciais próprias que poderiam ser coletivas com liquidações individuais. ■

Foto: Setur Foz do Iguaçu

Opinião

Diva Regina Fachin

Substituta do Registro de Imóveis da 4ª Zona de Porto Alegre/RS

"Participo sempre que posso dos eventos do IRIB, inclusive acompanhando meu pai (Oly Érico da Costa Fachin), um dos fundadores do Instituto. Assisti a diversas palestras do Encontro de Foz do Iguaçu e aprendi muito. Sobre os temas apresentados, acredito que você leva um pouco de cada palestra. Achei as duas conferências sobre o georreferenciamento muito boas, principalmente pela abordagem dos palestrantes. Creio que deveriam ocorrer mais debates sobre o nosso dia a dia, como as perguntas do Pinga-Fogo, que considero excelentes. Todos nós temos muitas dúvidas, pois as mudanças estão sempre acontecendo e de forma muito rápida."

Claudiele Negrão

Substituta do Cartório do Único Ofício Souza Negrão, em Tailândia/PA

"O Encontro foi maravilhoso e de grande valia para mim, que estou iniciando na carreira registral. Os temas apresentados são todos de grande importância: o georreferenciamento (que é essencial para a região Norte), a regularização fundiária e, sem dúvida, a nova polêmica da alienação fiduciária tendo-se como garantia o mesmo imóvel. Gostaria muito que o IRIB debatesse, em próximas ocasiões, a questão da hipoteca, algo que, para nós do Pará, ainda acontece muito. Alguns programas, como o Minha Casa, Minha Vida, juntamente com a alienação fiduciária, impactou e estagnou um pouco a hipoteca. Porém, na nossa região, ainda é muito comum."

Expedito William de Araújo Assunção

Vice-presidente do IRIB para o Estado do Ceará, oficial do Registro de Imóveis de Iguatu

"Sempre que podemos, participamos dos Encontros do IRIB devido à qualidade das palestras e, principalmente, pelos assuntos que nos são trazidos para discussão. Na minha opinião, neste Encontro Nacional, tivemos dois excelentes temas e debates: o que foi apresentado pelo Eduardo Augusto (retificações imobiliárias e georreferenciamento) e a exposição do Naurican Ludovico, sobre caracterização jurídica dos emolumentos. Realmente vale a pena viajar, vir de longe, seja o congresso realizado no Sul ou no Norte do país."

Bruno Quintiliano

Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Montividiu/GO

"A avaliação que faço dos Encontros do IRIB é muito positiva. Já participamos de cinco ou seis congressos nacionais, seguidamente, além dos regionais. Assim, buscamos novos conhecimentos, discussões e pontos de vista sobre matérias importantes do Direito Registral Imobiliário, aplicando em nossa serventia 100% do que é assimilado nos eventos. Com as discussões proporcionadas pelo IRIB, a tendência é melhorarmos cada vez mais em matérias que sempre geram muitas dúvidas, como o georreferenciamento, a regularização, o programa Minha Casa, Minha Vida. Espero que o Instituto continue com o ótimo trabalho que tem sido desenvolvido."

Milton Barbosa da Silva

Titular do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Dias D'Ávila/BA

"O congresso foi muito proveitoso, principalmente quanto às grandes discussões dos Registros Públicos de Imóveis. O que mais me interessou entre os temas apresentados foi a regularização fundiária, uma realidade que está atingindo todos os municípios do Brasil. Como registradores de imóveis, nós devemos auxiliar os municípios a regularizar suas áreas e trazer mais imóveis para a formalidade. Além do lado positivo de obtermos mais serviço, temos o lado social. Estaremos ajudando a comunidade e também os órgãos públicos, que muitas vezes têm dificuldades de implementar a regularização."

Almudena del Rio Galán

Representante do Colégio dos Registradores da Espanha

"Algo que admiro em eventos como este é que proporcionam o contato com todos os companheiros, o que acredito ser de suma importância, porque cria uma rede de amizade, de união. Além disso, os congressos permitem que se façam as consultas necessárias e também que as pessoas se coloquem a par de mudanças recentes. Encontros como este interessam aos brasileiros, mas também a nós da Espanha e, ainda, de Portugal, pois a problemática dos registradores nestes três países é muito parecida. É sempre uma boa oportunidade de debate dos problemas em comum, de ver e discutir as soluções que estamos encontrando ou que já encontramos."

Opinião

Rosângela Auxiliadora Garcia Peres

Titular do 1º Tabelionato de Notas e Ofício de Registro de Imóveis em Rondonópolis/ MT

"O Encontro nos proporcionou estudos que podemos levar à nossa serventia e aplicá-los. Conversando com os colegas, ouvindo as palestras e tirando nossas dúvidas, podemos analisar atos que estão sendo praticados e inovar. Isso é muito importante para o aprimoramento do nosso trabalho. Além de soluções para questões práticas, de interesse comum, sempre são discutidas outras diversas, pois cada estado tem suas problemáticas. O painel da alienação fiduciária foi importantíssimo. Toda vez que vamos a algum evento que trata desse assunto, voltamos com respostas, mas acabamos encontrando outras dúvidas e novas situações que vão sendo criadas com o decorrer do tempo. Portanto, esse é um tema que não se esgota e que deveria estar presente em todo evento."

Carlos Alberto da Silva Dantas

Vice-presidente do IRIB para o Estado do Rio Grande do Norte e oficial do Registro de Imóveis e de Hipotecas da Comarca de Nísia Floresta

Algo que admiro muito nos Encontros IRIB, por exemplo, é o Pinga-Fogo. Tendo em vista que todos têm a sua fração de conhecimentos, o painel proporciona a mais ampla participação, tanto daqueles que sabem mais como dos que sabem menos. Penso que o Pinga-Fogo poderia ser redimensionado para um intervalo entre o início e o final das palestras. Dessa forma, teríamos mais espaço ainda para o debate. Acredito que o aproveitamento seria melhor e a satisfação maior ainda. Sou vice-presidente do IRIB no Rio Grande do Norte e vim, também, prestigiar expressamente o meu amigo, o presidente do Instituto, Ricardo Coelho.

Sebastião David de Corrêa Tourinho

Titular do Cartório do Registro de Imóveis na Comarca de Palhoça/SC

"Eu sou associado ao IRIB há vinte anos, frequentador assíduo dos Encontros e sempre tive um ganho muito grande, seja nos eventos nacionais como nos regionais. É muito salutar a reunião de profissionais da mesma área e a troca de ideias com os colegas. Em relação aos temas abordados nas palestras, o que me chamou a atenção foi a atualidade e a importância dos assuntos. Ao mesmo tempo, foi possível resgatar um pouco da história dos 40 anos da Lei nº 6.015 e a evolução de todo o processo do Registro Imobiliário."

Marcelo Lima Filho

Vice-presidente do IRIB para o Estado do Amazonas, oficial do 2º Tabelionato e Registros Públicos de Manacapuru

"O 40º Encontro foi uma oportunidade de congraçamento e de socializarmos informações. Pudemos discutir problemas comuns aos oficiais em todo o Brasil. Esse intercâmbio de experiências é sempre muito produtivo. Sobre os temas apresentados, houve um que interessa muito à especificidade da minha região: a regularização fundiária. Destaco, também, o fórum que já tem um espaço cativo na agenda dos Encontros do IRIB, o Pinga-Fogo. É o momento de expormos casos concretos para que grandes mestres e colegas – que têm bagagem e experiência na atuação profissional – possam nos esclarecer, nos orientar e nos levar a um resultado eficiente, juridicamente adequado."

Foto: Destino Iguaçu

IRIB Responde //

O *Boletim IRIB em Revista* publica, a seguir, uma seleção de consultas feitas ao Instituto por seus associados, nos anos de 2013 e de 2014, e publicadas no *Boletim Eletrônico* (BE), após debate com o grupo de revisores técnicos.

Os assuntos mais recorrentes, selecionados previamente pela Consultoria do IRIB, são analisados pelo corpo técnico do BE em fórum de discussão. As respostas publicadas representam o entendimento consolidado dos revisores e devem ser vistas como uma orientação, aconselhando-se sempre a consulta às Normas de Serviços das Corregedorias-Gerais da Justiça dos Estados.

A equipe é coordenada pelo registrador de imóveis em Bragança Paulista e 1º tesoureiro do IRIB, Sérgio Busso, e conta com os seguintes integrantes: Ricardo Basto da Costa Coelho (presidente do IRIB); João Pedro Lamana Paiva (vice-presidente); Francisco José Rezende dos Santos (membro do Conselho Deliberativo e da Comissão de Assuntos Internacionais); José Augusto Alves Pinto (secretário-geral); Eduardo Agostinho Arruda Augusto (diretor de Assuntos Agrários); Jordan Fabrício Martins (diretor Social e de Eventos); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (membro do Conselho Editorial); Luiz Egon Richter (membro do Conselho Editorial); José de Arimatéia Barbosa (vice-presidente para o Estado do Mato Grosso); Helvécio Duia Castello (membro do Conselho Deliberativo); Maria Aparecida Bianchin Pacheco (suplente do Conselho Fiscal); e Ricardo Gonçalves (titular do Ofício Único de Passagem Franca/MA).

Consulta 1

Matrícula – Abertura.

Pergunta: Recentemente, assumi uma serventia onde ainda se encontram muitos imóveis transcritos. Devo abrir matrícula para estes imóveis apenas quando da ocasião do primeiro registro a ser realizado?

Resposta: Deixando o sistema de transcrição de títulos, previsto no Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, passando para o da matrícula dos imóveis, em vigor desde 1º de janeiro de 1976, temos necessidade e regular oportunidade de dar por inaugurada uma matrícula, nas seguintes situações:

1. quando do primeiro registro a envolver imóvel localizado na circunscrição do respectivo Registro Imobiliário – arts. 228 e 229 da Lei Federal nº 6.015/1973;

2. quando não tivermos mais espaço nos anteriores livros de transcrição de transmissões, para lançamento de atos de averbação ou de eventuais anotações – art. 295, Parágrafo único, da Lei nº 6.015/1973;

3. quando tivermos fusão/unificação de imóveis transcritos ou matriculados,

procedendo-se, aí, ao encerramento de suas respectivas escriturações, com abertura de matrícula para a área resultante dessa anexação – arts. 234 e 235 da Lei nº 6.015/1973;

4. quando da retificação da descrição de um imóvel, que, ao mostrar nova especialização, vai reclamar também abertura de matrícula própria – art. 9º, § 5º, do Decreto nº 4.449/2002, cuja base, não obstante estar dirigida para imóveis rurais, também aproveitamos para imóveis urbanos, o que fazemos em benefício de uma melhor organização de nossos trabalhos;

5. quando essa providência for de interesse da serventia, o que deverá ser feito sem qualquer custo para os interessados. Temos essa situação a ocorrer quando o oficial toma a iniciativa de abrir matrículas sem qualquer provocação ou incidência de atos que poderiam obrigá-lo a assim fazer, ou ainda em casos de parcelamento do solo, em que o oficial pode optar pela pronta abertura de matrículas para cada uma das áreas resultantes do fracionamento em questão;

6. a requerimento do proprietário do imóvel. Nesse caso, deve o interessado arcar com as despesas para a prática do referido ato, se tiver previsão para isso na respectiva tabela de emolumentos.

De importância também observar que qualquer matrícula para ser aberta, mesmo como ato de obrigação, decorrente de provocação, ou voluntário, vai exigir atendimento a alguns requisitos, que vêm precisamente determinados no art. 176, § 1º, inc. II, da LRP, cc o § 3º, da mesma base legal, e também com o ditado pelo art. 225, da sobredita Lei dos Registros Públicos, que se reporta não só à especialização do imóvel, mas também das pessoas envolvidas com direitos que recaem sobre ele, sem o que fica o oficial impedido de assim proceder, exigindo-se providências do interessado para atendimento ao previsto nos mencionados dispositivos da citada Lei nº 6.015/1973.

Quando, em qualquer momento, e por qualquer razão, for feita a abertura de matrícula referente a imóvel rural, e a situação mostrar incidência dos Decretos nº 4.449/2002 e nº 5.570/2005, já com as modificações em trato no de número 7.620/2011, deve também o oficial atentar para a necessidade da apresentação de prova de quitação do ITR, referente aos últimos cinco (5) anos, como previsto nos arts. 20 e 21, da Lei nº 9.393/1996, que vem repisado nos arts. 62 e 63 do Decreto nº 4.382/2002, que regulamentou citada Lei nº 9.393, a qual (prova de quitação do ITR) deverá também estar acompanhada do CCIR do imóvel em questão, à vista do disposto no art. 176, § 1º, item 3, alínea a, da Lei dos Registros Públicos. Lembramos, ainda, que a inauguração de uma matrícula deve indicar a existência de ônus, se houver, através de ato de averbação, como previsto no art. 230, da mesma Lei nº 6.015/1973.

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, recomendamos obediência às referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Equipe de revisores técnicos

Consulta 2

Cédula de crédito rural pignoratícia e hipotecária – Competência registral.

Pergunta: De quem é a competência para o registro de uma cédula de crédito rural pignoratícia e hipotecária?

Resposta: A competência do oficial imobiliário para o registro de uma cédula rural pignoratícia e hipotecária está tratada no art. 30 do Decreto-Lei nº 167/1967:

> Art. 30. As cédulas de crédito rural, para terem eficácia contra terceiros, inscrevem-se no *Cartório do Registro de Imóveis*:
>
> a) a cédula rural pignoratícia, no da circunscrição em que esteja situado o imóvel de localização dos bens apenhados;
>
> b) a cédula rural hipotecária, no da circunscrição em que esteja situado o imóvel hipotecado;
>
> c) a cédula rural pignoratícia e hipotecária, no da circunscrição em que esteja situado o imóvel de localização dos bens apenhados e no da circunscrição em que esteja situado o imóvel hipotecado.
>
> As cédulas rurais pignoratícias e hipotecárias demandam registros em dois livros:
>
> (1) um, no Livro 3, referente ao registro da própria cédula e das garantias pignoratícias;
>
> (2) o outro, no Livro 2 (matricula) referente às garantias hipotecárias em bens imóveis
>
> A cédula rural pignoratícia e hipotecária deve ser registrada na circunscrição do(s) imóvel (is) hipotecado(s) e também na circunscrição de localização dos bens apenhados, se for diversa (art. 30).

Ou seja:

- a garantia hipotecária será registrada nas matrículas dos imóveis envolvidos;
- a garantia pignoratícia será registrada juntamente com a cédula, no Livro 3 do Cartório de Registro de Imóveis da situação dos bens apenhados. Se os bens estiverem situados em mais de uma comarca, a cédula e a garantia pignoratícia deverão ser registradas conjuntamente no Livro 3 do Registro de Imóveis de todos os locais. Se tivermos garantias localizadas em comarcas diversas, o registro no Livro 3 será obrigatório perante todos os oficiais de Registro de Imóveis, independentemente da natureza da garantia que está sendo ofertada.

Para maior aprofundamento na questão, sugerimos a leitura do artigo de Tiago Machado Burtet, intitulado "Cédulas de crédito – aspectos registrais: Registro de Imóveis e Registro de Títulos e Documentos", publicado no Boletim do IRIB em Revista nº 333, p. 135 (http://iribnet.com.br/revista/reserva/pagina333/BIR333.pdf).

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, recomendamos obediência às referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Grupo de revisores técnicos

Consulta 3

Hipoteca – Parte ideal – Possibilidade

Pergunta: Estando um imóvel urbano em condomínio, é possível hipotecar apenas 50% deste?

Resposta: Maria Helena Diniz, ao discorrer sobre o registro da hipoteca, assim se manifesta:

> Os bens em estado de indivisão, pertencentes a dois ou mais proprietários, poderão ser hipotecados desde que haja anuência de todos os comunheiros; se divisível, poderá ser dada em garantia a parte de cada um deles, porém não poderá o condômino hipotecar além do seu quinhão (CC, arts. 1.314, *in fine*, e 1.420, § 2º) (DINIZ, Maria Helena. Sistemas de Registros de Imóveis. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149).

Não é outro o entendimento de Ademar Fioranelli, que assim ensina em sua obra *Direito Registral Imobiliário*, publicada pelo IRIB/safE, Porto Alegre, 2001, p. 289:

> Nenhum impedimento se configura para que condômino do imóvel pro diviso ou indiviso ofereça em garantia hipotecária sua parte ideal possuída ou mesmo localizada em porção certa e definida dentro do todo (medidas, área, delimitações e confrontações), dependendo, nesta segunda hipótese, apenas de anuência expressa dos demais condôminos. Se ideal, far-se-á o registro na própria matrícula do todo em que reunida a totalidade dos condôminos e, se localizada (imóvel determinado), abrir-se-á nova matrícula dessa porção certa e que sofrerá o ônus, lançando-se aqui o registro da garantia hipotecária; nem por isso esse ônus real se estenderá à totalidade do imóvel, porque especializada a parte objeto da garantia. Não há que se confundir a indivisibilidade da hipoteca com sua especialidade, embora com aquela se harmonize.

Além dos ensinamentos acima apontados, temos também a observar que a localização da hipoteca em parte de imóvel, com expressa anuência dos demais condôminos, que vai reclamar abertura de matrícula própria, vai depender também de aprovação da prefeitura quanto ao retalhamento que está se fazendo no solo, se o tivermos a envolver imóvel urbano.

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, recomendamos obediência às referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Grupo de revisores técnicos

Consulta 4

Sociedade empresarial – Dissolução. CND – Apresentação.

Pergunta: É exigível a CND do INSS quando da dissolução de sociedade empresarial?

Resposta: A situação recebe tratamentos diferenciados quando frente a empresas comuns, microempresas ou empresas de pequeno porte. Quanto às primeiras, só podemos deferir a baixa com a apresentação não só de prova de inexistência de débitos com a Receita Federal, que vai incluir a Procuradoria da Fazenda Nacional, e a Previdência Social, como previsto no art. 47, inc. I, *alínea* d, da Lei Federal nº 8.212/1991, bem como ao em trato em seu Decreto Regulamentador, de número 3.048/1999, mais precisamente ao que ali se vê no art. 257, inc. I, alínea d; mas também com o FGTS, a ser expedida pela Caixa Econômica Federal, como disposto no art. 27, *alínea* e, da Lei Federal nº 8.036/1990.

Se, no entanto, essa dissolução envolver microempresas e empresas de pequeno porte, essa exigência deve ser dispensada, à vista do que temos no art. 9º, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123/2006, que se reporta ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

De importância também observar que a dissolução e consequente extinção de sociedade empresarial, quando houver bens imóveis a serem partilhados entre os sócios, deve ter sua forma instrumental a atender ao que reza o art. 108, do Código Civil, sem proveito do disposto nos arts. 234 da Lei nº 6.404/1976 e art. 64 da Lei nv 8.934/1994, pois esses dispositivos devem ser interpretados de forma restritiva. Assim, poderá ser utilizado o instrumento particular para imóveis de qualquer valor, somente nas hipóteses de formação ou de aumento de capital social de empresas, quando há a transferência de imóvel do sócio para a empresa, mediante prova de registro do respectivo instrumento na Junta Comercial. Todavia, a situação inversa, ou seja, retorno de bem imóvel que incorpora o patrimônio da empresa para os sócios, em pagamento de seus haveres, não é alcançada pela exceção desses artigos, aplicando-se, aí, a regra do art. 108, do Código Civil, como acima comentado.

Indicamos, ainda, para melhor entendimento do aqui exposto, a leitura dos ensinamentos de Ulysses da Silva, na obra *A Previdência Social e o Registro de Imóveis*. Segunda edição refeita e atualizada. Porto Alegre: IRIB/SafE, 2011, p. 57.

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, proceda aos ditames das referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Equipe de revisores técnicos

Consulta 5

Compra e venda. Cláusula resolutiva – Registro – Cancelamento – Falta de pagamento.

Pergunta: É possível o cancelamento do registro de cláusula resolutiva em compra e venda por falta de pagamento, mediante simples requerimento da parte?

Resposta: Maria do Carmo de Rezende Campos Couto abordou este tema com

muita propriedade na obra *Coleção Cadernos IRIB vol. 1* – Compra e Venda, p. 24, publicada pelo IRIB, em 2012. Vejamos o que nos explica a autora:

> A cláusula resolutiva transforma a propriedade em resolúvel. Ela deve ser mencionada no próprio teor do registro da transação. Por intermédio dela, a propriedade é adquirida sem eficácia imediata, pois, somente com a quitação, irá integrar plenamente a propriedade do adquirente. Dessa forma, havendo cláusula resolutiva expressa, se não houver pagamento, o negócio considera-se desfeito de pleno direito. Isso não significa, contudo, que é possível o requerimento de cancelamento de registro direto ao oficial de Registro de Imóveis. Ao contrário, para o cancelamento do registro por falta de pagamento, é necessária uma sentença judicial que reconheça que o negócio não foi cumprido e, por isso, merece ser desfeito.

Podemos, ainda, acrescentar a possibilidade de os contratantes optarem pela resilição do negócio jurídico clausulado, voltando os mesmos ao "*status quo ante*", o que deve ser feito através de instrumento apropriado, prescindindo aí dos serviços do Judiciário.

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, proceda aos ditames das referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados de Jurisprudência do IRIB

Comentários: Equipe de revisores técnicos

Consulta 6

Incorporação imobiliária. Incorporador – Falência.

Pergunta: É possível a realização de uma incorporação imobiliária por empresa incorporadora sob processo de falência?

Resposta: Para respondermos à sua pergunta, é importante mencionarmos os ensinamentos de Mario Pazutti Mezzari, extraídos de sua obra *Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis*, 3ª ed., Norton Editor, Porto Alegre, 2010, p. 121:

> Falência
>
> As empresas e o empresário sob processo falimentar perdem a livre disposição de seus bens. Não pode, portanto, negociar bens imóveis, o que impede de ser incorporador imobiliário ou de outorgar procuração para que outro incorpore terreno da empresa ou do empresário.
>
> Lei nº 11.101, de 2005:
>
> Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:
>
> [...]
>
> VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo; [...]

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, proceda aos ditames das referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Equipe de revisores técnicos

Consulta 7

Compra e venda – Registro – Retificação. Comprador – Inclusão.

Pergunta: "A" e "B" compraram um imóvel, sendo a escritura pública lavrada e registrada em 2011. Agora, apresentaram uma escritura de retificação, incluindo o comprador "C". É possível a retificação do registro da compra e venda?

Resposta: Tendo em vista que a escritura pública de compra e venda já foi registrada, entendemos que não é possível a retificação pretendida, uma vez que, com o registro da escritura já providenciado em momento anterior, os proprietários do imóvel passaram a ser somente "A" e "B", sem mais nada restar ao então vendedor. Para que "C" também venha a se apresentar como condômino do imóvel, necessário novo negócio jurídico que vai ter como transmitentes "A" e "B", em conjunto, ou de forma isolada, sem possibilidade do uso da retificação aqui em estudos para que isso venha a ocorrer, pelas razões aqui expostas.

Excerto da obra de Maria do Carmo de Rezende Campos Couto, intitulada *Coleção Cadernos IRIB – vol. 1* – Compra e Venda, p. 36, publicada pelo IRIB em 2012, confirma nosso entendimento. Vejamos:

> 12. Retificação de registro de compra e venda
>
> [...]
>
> b) Não é possível a retificação do registro de compra e venda:
>
> (1) para incluir mais um adquirente: somente é possível se a escritura não foi registrada. Princípio da disponibilidade (Ap. Cív. 583-6/1 do CSMSP); [...]

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, proceda aos ditames das referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Equipe de revisores técnicos

Consulta 8

Retificação de área – Requerimento. Legitimidade.

Pergunta: Quem possui legitimidade para requerer retificação de área?

Resposta: Aproveitando dos ensinamentos do dr. Narciso Orlandi Neto, na obra Retificação do Registro de Imóveis, editor Oliveira Mendes, bem como

nos de nosso colega, dr. Eduardo Augusto, lançados na obra Manual Básico – *Retificação de Registro e Georreferenciamento – Comentários, Modelos e Legislação*, Versão 2011, p. 7, podemos afirmar que o requerimento visando à retificação de registros deve ser firmado por aquele que tenha legitimação para pedir a retificação, que, em regra, é apresentado como titular do direito real garantido pelo registro a ser retificado.

Atendo-nos ao que rezam os arts. 212 e 213, inc. II, da Lei dos Registros Públicos, temos a figura do "interessado" com legitimação para requerer as retificações em trato nas citadas bases legais.

Buscando ensinamentos para determinar quem pode se aproveitar da expressão "interessados", em retificações de registros, destacamos na citada obra de Narciso Orlandi Neto mostras de que tal retificação pode ser requerida tanto pelo proprietário do imóvel, como por terceiros, desde que fique demonstrado o legítimo interesse destes quanto à retificação, sem necessidade de exigência que indique o requerente (terceiro) com algum direito real. Pode este se apresentar como adquirente, ou promitente comprador, ou como cessionário de direitos sobre determinado bem, ainda sem ter seu título ingressado no sistema registral, mostrando-nos, aí, a necessidade da retificação desejada para que possa ter como regular o registro de seu título.

Com tal doutrina, quando tivermos como requerente pessoa que não faz parte dos registros como proprietário do imóvel em retificação, deve o registrador analisar com as devidas cautelas a real existência de interesse do requerente na retificação pretendida, indeferindo o pedido, caso isso não ocorra, por absoluta falta de capacidade postulatória.

Lembra, Eduardo Augusto, em seu trabalho jurídico, acima noticiado, que a retificação da descrição tabular de imóvel em condomínio (não edilício), deve ter manifestação favorável de todos os condôminos.

A íntegra deste manual encontra-se disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0BxUMvuPpLZM4ZGYyZjk3MzItZGFiOC00NTFlLWExMDgtMzg1MzJjMzRiZTg1/edit?hl=pt_BR&pli=1>.

Acrescentamos aqui estar a posição reportada no parágrafo anterior, a ser também estendida aos cônjuges dos que se mostram como proprietários nos assentos da serventia, ou com capacidade para peticionar, o que só poderá ser desprezado se o outro cônjuge houve direitos sobre o bem em conserto, de forma isolada, e venha a se mostrar como casado no regime da separação convencional de bens, que envolve tal regime também para o imóvel em retificação.

Todas as assinaturas apostas no requerimento deverão ser reconhecidas por tabelião, como previsto no § 1º, do art. 246, da Lei dos Registros Públicos.

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, proceda aos ditames das referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Equipe de revisores técnicos

Consulta 9

Ação real ou pessoal reipersecutória. Alienação do imóvel – Possibilidade.

Pergunta: A existência de registro de citação em ação real ou pessoal reipersecutória impede a alienação do imóvel?

Resposta: Vejamos os ensinamentos de Leonardo Brandelli e Ulysses da Silva sobre o assunto:

Segundo Brandelli,

> Embora a lei não seja explícita a respeito, a existência de ônus ou ações, que não tenham o condão de impedir a alienação do bem, não impede a lavratura da escritura. Em tal caso, não haverá declaração de inexistência de ônus ou ações, mas declaração das ações ou ônus existentes, e que não impedem a celebração do negócio jurídico pretendido, declarando o credor ter de tudo ciência. Uma hipoteca comum, por exemplo, não impede a alienação do bem, bastando que se declare no ato notarial a sua existência. O direito real continuará a existir e afetará ao adquirente, mas a alienação pode ser feita. É de notar que a atividade notarial da escritura pública localiza-se na esfera do direito obrigacional, na instrumentalização de atos jurídicos. Assim sendo, ainda que houvesse ônus a impedir a transmissão da propriedade do bem, nada parece impedir a lavratura da escritura de compra e venda, desde que o comprador, ciente da situação, consinta com ela (BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial, 2ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 281-282).

Já Ulisses da Silva assim se posiciona:

> 24.47. Da citação em ação real ou pessoal reipersecutória
> Proposta a ação, verificando, o magistrado, encontrar-se em ordem a petição inicial, ordenará a citação do réu, como informa o artigo 285 do Código de Processo Civil, para que venha contestá-la. Quando a ação envolver direito imobiliário, ou, em fase de execução, possa ela estender os seus efeitos sobre bem imóvel, essa medida tem previsão de registro no item 21 do artigo 167 da Lei 6.015/73, para conhecimento de terceiros. Não impede o acesso de qualquer outro título, seja transmissivo ou de oneração, mas o registrador deve dar conhecimento de sua existência ao eventual adquirente ou credor. (SILVA, Ulysses da. *Direito Imobiliário – O Registro de Imóveis e Suas Atribuições – A Nova Caminhada*, 2ª ed. rev. e ampl, safE, Porto Alegre, 2013, p. 306-307).

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, proceda aos ditames das referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Equipe de revisores técnicos

Consulta 10

Imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade.

Pergunta: É possível a instituição de usufruto em imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade?

Resposta: A questão mostra comportamentos diversos e com sustentações bem definidas, deixando os profissionais do Direito sem uma base melhor para indicações quanto ao que deve prevalecer, com alguma segurança e tranquilidade, pelas seguintes razões:

Na linha de que imóvel recebido pelo donatário, com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, pode ser objeto de instituição de usufruto por parte de quem o recebeu como doação, temos:

a) Sílvio de Salvo Venosa, em citação feita por Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, na obra *As transcrições voluntários na transmissão de bens imóveis – cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, editado pela Quinta Editorial, em parceira com o IRIB, mostra a defesa da possibilidade da instituição do usufruto nos casos aqui em comento, ou seja, quando o imóvel de propriedade do instituidor foi por ele recebido com tais cláusulas restritivas por entender que a instituição não se apresenta como ato de alienação.

b) Orlando Gomes, citado na obra de Carlos Alberto Dabus Maluf – *Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade*, da Editora Saraiva, p. 42, tem o mesmo entendimento de Sílvio de Salvo Venosa, que vê a situação como de limitação ao direito de propriedade, que não implica alienação de bem, admitindo, assim, a regular instituição de usufruto na questão em resposta.

c) Ademar Fioranelli, na obra *Usufruto e Bem de Família – Estudos de Direito Registral Imobiliário,* Quinta Editorial, São Paulo, 2013, p. 169/170, assim se expressa, quanto comenta o assunto:

> Não me parece, data *venia*, como linha de princípio, que a cláusula de inalienabilidade teria o alcance de impedir que o proprietário faça uso de tal prerrogativa. Devemos, em primeiro lugar, distinguir os direitos reais, que simplesmente limitam o exercício pleno do direito de propriedade, ou seja, o direito real de fruir as utilidades e os frutos de uma coisa, enquanto temporariamente dela destacados, daqueles outros direitos reais ditos de garantia – penhor, anticrese ou hipoteca – em que o imóvel dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (art. 1.419 do CC/2002).
>
> [...] A força vinculante da cláusula de inalienabilidade é a de impedir o poder de dispor, ou seja, de alienar o bem a qualquer título, mantendo-o no seio familiar. Não o de gravá-la por uma limitação, em ônus correspondente ao usufruto, direito real temporário, que se extingue por morte do usufrutuário, com a consequente consolidação da propriedade.

Em sentido contrário, indicando a impossibilidade da instituição do usufruto aqui em comento, quando o imóvel envolvido tiver sido recebido pelo instituidor com as cláusulas restritivas aqui em trato, temos:

a) Caio Mário da Silva Pereira, na obra Instituições de Direito civil – vol. IV, 11ª ed., Editora Forense, p. 84 – mesmo não cuidando do tema de forma direta, parece-nos que festejado jurista está a admiti-la, cujo entendimento se sustenta quando comenta a cláusula de inalienabilidade, fazendo seguir abaixo parte do texto que justifica o aqui exposto:

> Tem-se, todavia, admitido a validade da cláusula que entende a impenhorabilidade aos frutos, sob o fundamento de que o beneficiado ficará desprovido da utilidade do bem, se os credores, não podendo penhorá-lo, ficarem com a liberdade de apreender-lhes os rendimentos para satisfação das obrigações. É preciso, num esclarecimento final e abrangente, dizer que somente se devem entender como limitações ou restrições ao direito de propriedade aquelas que o atingem na sua substância ou nos seus elementos fundamentais. Não o são a transparência de exercício de qualquer dos seus atributos e a outorga de faculdades que não impliquem diminuição na sua plenitude, como se dá com os direitos pessoais ou de crédito. Estes, embora possam importar na utilização da coisa (locação, comodato, etc.), traduzem-se em exercício de direito que não restringe, em princípio, os poderes do *dominus*.

d) José Ulpiano Pinto de Souza é também lembrado na referida obra de Eduardo Pacheco, mostrando para a defesa da impossibilidade da instituição do usufruto, que "quem não pode alienar, não pode constituir atos de semi-alienação, como são o usufruto, o uso e a habitação, que tiram à propriedade a sua melhor utilidade".

De importância também o que nosso nobre colega, Eduardo Pacheco, aqui já reportado, entende para a situação, como inserto em sua obra, antes noticiada, ou seja:

> Diante de todos os aspectos envolvendo a controvérsia, é inegável que: a) a possibilidade de constituição de direitos reais de superfície, servidão, usufruto, uso e habitação, especialmente se gratuita, pode esvaziar de conteúdo econômico a propriedade e desatender à vontade do instituidor da cláusula, de proteger o beneficiário; b) a constituição de tais direitos importam em limitação do direito de propriedade, atingindo-o em sua substância, transformando a propriedade plena em limitada; c) as cláusulas de inalienabilidade por imporem limitações ao exercício do direito de propriedade, devem ter interpretação restrita: d) a clara manifestação de vontade do instituidor das cláusulas assume enorme relevância, pois aquele que pode gravar o bem com inalienabilidade pode determinar a extensão do gravame, no que concerne a constituição de direitos reais, pois quem pode o mais (proibir a alienação), pode o menos (proibir a constituição de direitos reais). Para evitar conflitos, para prevenir as controvérsias sobre a interpretação da extensão da cláusula e da vontade do instituidor, deve este, no ato de instituição, esclarecer com precisão quais os efeitos da cláusula de inalienabilidade imposta. Em conclusão, embora os direitos reais de superfície, servidão, usufruto, uso e habitação possam esvaziar o conteúdo do direito de propriedade, é de ser admitida sua constituição diante da inexistência de proibição, mesmo havendo cláusula de inalienabilidade.
>
> Devem os tabeliães, atentos à sua importantíssima função de vetores da paz social, agentes de prevenção de litígios, orientarem os instituidores das cláusulas de inalienabilidade no sentido de definirem a extensão dos efeitos destas, no que respeita à constituição de direitos reais sobre os bens gravados com a inalienabilidade.

Com o quadro aqui exposto, parece-nos que a situação deve ser analisada pelo oficial registrador, caso a caso, procedendo-se às exigências que julgar necessárias, ou praticando o ato, dependendo, aí, de como vai conduzir seu entendimento para a situação em estudos.

Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, proceda aos ditames das referidas normas, bem como à orientação jurisprudencial local.

Seleção: Consultoria do IRIB.

Fonte: Base de dados do IRIB Responde.

Comentários: Equipe de revisores técnicos.

Fotos: JRP Fotografias

VIII Seminário Luso-Brasileiro-Espanhol de Direito Registral Imobiliário

Foto: César Duarte

Presidente do IRIB, Ricardo Coelho, abriu a VIII edição do Seminário, que reuniu participantes de quatro países e de 15 estados brasileiros

Direito Registral Imobiliário é debatido por Brasil, Portugal e Espanha

IRIB foi o anfitrião do seminário, que reuniu especialistas dos três países, na cidade do Rio de Janeiro/RJ

O *VIII Seminário Luso-Brasileiro-Espanhol de Direito Registral Imobiliário* mostrou que a aliança entre os três países organizadores está consolidada e que vai se intensificar ainda mais. O evento, que reuniu especialistas do Brasil, de Portugal e da Espanha, mereceu destaque não só pela qualidade da programação, mas também pela quantidade de participantes de quatro países e 15 estados representados. Cerca de 80 congressistas prestigiaram o evento; entre os brasileiros, registradores de imóveis dos seguintes estados: Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins.

Realizado na cidade do Rio de Janeiro, em novembro passado, o evento foi uma iniciativa do IRIB, em parceria com o Centro de Estudos Notariais e Registrais (CENoR), da Faculdade de Direito de Coimbra/Portugal e Colégio de Registradores da Espanha. A cada ano, o Seminário é promovido por um dos países organizadores. Inicialmente concebido por Brasil e Portugal, em 2011, o evento teve a adesão dos espanhóis. A próxima edição ficará a cargo dos portugueses e será realizada na região do Algarve, em Vilamoura, no mês de dezembro.

O presidente do IRIB, Ricardo Basto da Costa Coelho, ressaltou a importância dos três países no estudo e no aperfeiçoamento do Direito Registral. Ele destacou, na oportunidade, os 40 anos do IRIB e os avanços ocorridos no Brasil, que possui um sistema registral considerado um dos melhores do mundo. "Portugal, Brasil e Espanha – resguardadas as diferenças e as particularidades de seus sistemas e legislações – caminham juntos para o aperfeiçoamento de seus serviços notariais e de registro. Preocupam-se com a necessidade de implantação do registro eletrônico; com o futuro da atividade em tempo de recessão, com as leis que regulamentam o registro de imóveis de estrangeiros, entre outros assuntos de interesse comum", afirmou.

A presidente do Centro de Estudos Notariais e Registrais da Faculdade de Direito de Coimbra, Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, relembrou os momentos principais da parceria firmada com os registradores imobiliários brasileiros, a partir de 2006, envolvendo diversas gestões do IRIB. Segundo ela, a edição 2014 do Seminário foi histórica, principalmente por ter reunido um número expressivo de participantes. "Nossa parceria vem se

fortalecendo a cada ano. No Rio de Janeiro, o debate foi fantástico, com nível de participantes elevado. As pessoas, que não estavam habituadas ao direito comparado, agora percebem que as discussões propostas também são importantes para o exercício de suas atividades", comenta.

Por sua vez, o representante do Colégio de Registradores da Espanha, Eduardo Martinez Garcia, também ressaltou a importância da proximidade entre as três nações. "A partir de nossas identidades jurídicas, abordamos temas em comum, pois fazemos parte do mesmo mercado. Na medida em que formos capazes de colaborar mutuamente, estamos a oferecer soluções alternativas à sociedade e às grandes empresas, inclusive às que trabalham fora de seus países. Estamos dando um passo muito importante no que se refere às oportunidades econômicas para que os nossos sistemas jurídicos sejam realmente sistemas de garantias", argumentou.

Estudo comparativo dos sistemas registrais

O vice-presidente do IRIB e integrante da comissão Internacional do Instituto, João Pedro Lamana Paiva, destacou o quanto é importante para o Brasil manter a parceria com Portugal e Espanha. "Já estamos no *VIII Seminário Luso-Brasileiro-Espanhol de Direito Registral* e podemos constatar como é salutar essa troca de experiências e de informações. Ganham os três países, pois surgem novidades a cada evento", disse, lembrando que participou das oito edições do Seminário e que testemunhou, no decorrer dos anos, o seu crescimento em importância e qualidade.

Segundo Lamana Paiva, no campo das relações institucionais internacionais, o IRIB teve uma grande conquista, em 2013, ao integrar oficialmente a Rede Registral Iberoamericana (Iberoreg). A Ficha Técnica da Publicidade Formal de Registro do País encontra-se publicada no portal da Rede, e é constituída, também, por Espanha, Portugal, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, República Dominicana e Uruguai.

Outra participante desde o primeiro Seminário é Madalena Teixeira, registradora na região de Algarve, que atualmente integra o Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado (IRN). Ela atesta a possibilidade do exercício do direito comparado proporcionada pelo evento. "Como não há a barreira linguística, conseguimos nos entender melhor, além de alguma matriz jurídica comum, como é o caso de Brasil e Portugal. Temos progredido imensamente, até mesmo em nível de alguns projetos legislativos que temos importado e exportado. Esses encontros servem realmente para divulgar a importância da atividade e para marcar a posição dos registradores e dos Registros Públicos no mundo do Direito. Devemos mostrar que o registro não é apenas técnico. O registro é substância, o registro é segurança", salientou a palestrante portuguesa.

Única participante do Paraguai, a registradora da Direção-Geral dos Registros Públicos, em Assunção, Valeria Herrera, também destaca a validade do compartilhamento de experiências entre os países. "Minha intenção é aplicar os conhecimentos adquiridos no Seminário em um novo projeto que está sendo implantado em meu país, que prevê a vinculação da Direção-Geral dos Registros Públicos e do Serviço Nacional de Cadastros, conforme determinação legal", afirmou.

O vice-presidente para o Estado do Rio de Janeiro, Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho, destacou como diferencial do *VIII Seminário* a presença de número expressivo de registradores, além da inscrição de vários advogados do mercado imobiliário. "Os temas debatidos revelaram-se de grande interesse teórico e prático, permitindo amplas discussões após as palestras. Também foi possível conhecermos aspectos fundamentais da legislação registral de Portugal e da Espanha, destacando-se as semelhanças e as diferenças entre os respectivos sistemas, o que é extremamente importante para o desenvolvimento do estudo científico do Direito Imobiliário", comentou.

Para o presidente da Anoreg/RJ, Carlos Alberto Firmo Oliveira, só o fato de reunir pensadores do Direito Registral Imobiliário de três países, com sistemas muito parecidos e com muitas experiências a serem trocadas, o Seminário já teve sua realização justificada. "Estiveram reunidos não são só pensadores, mas também executores do Direito Registral, que sabem dos anseios sociais de seus países. Assim, houve também um momento de reflexão sobre a humanização dos registros, sobre a contribuição que podemos dar para desafogar o Judiciário. As atividades notarial e de registro podem exercer uma série de atribuições de uma forma menos burocrática e mais humanizada, sem perder a segurança jurídica, que é o produto que nós oferecemos".

Aquisição de imóveis por estrangeiros

Com a apresentação do panorama sobre a aquisição dos imóveis rurais por estrangeiro, no Brasil, o diretor de Assuntos Agrários do IRIB e registrador em Conchas/SP, Eduardo Augusto, fez uma análise crítica acerca da matéria, lembrando que, após quatro décadas da vigência da Lei nº 5.709/1971, surge a Instrução Normativa nº 76, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), que trata a questão de forma adequada e bem elaborada. Ele ainda destacou aspectos relevantes sobre o tema a exemplo da aplicação ou não das restrições existentes também à constituição de alienação fiduciária em garantia de imóveis rurais a estrangeiros.

O reconhecimento e a execução de testamentos estrangeiros

O tema foi objeto de painel, que contou com a explanação de palestrantes do Brasil, de Portugal e da Espanha. Participaram do debate o professor da Faculdade de Direito de Coimbra/Portugal, Nuno Gonçalo Ascenção da Silva; o diretor da Escola de Notários e Registradores do Rio de Janeiro (Enoreg), Leonardo Monçores Vieira; e a registradora da propriedade em Barcelona/Espanha, Raquel Serrabassa Ferrer. A mediação foi feita pelo vice-presidente do IRIB para o Estado do Rio de Janeiro, Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho.

A importância do princípio da concentração ou do prédio funcional

O princípio da concentração na matrícula – que permitirá consolidar todas as informações acerca de um imóvel no fólio real – foi o tema da palestra proferida pelo vice-presidente do IRIB, João Pedro Lamana Paiva (foto acima).

De acordo com o titular da 1ª Zona de Registro de Imóveis de Porto Alegre/RS, a questão do princípio da concentração vem sendo discutida desde o ano 2000. "Trata-se de uma grande inovação, que desejamos ver implantada no Brasil, pois tudo aquilo que se referir ao imóvel poderá ser concentrado na matrícula, no fólio real da propriedade. Será um legítimo *curriculum vitae* do imóvel", afirmou. A registradora de Portugal, Madalena Teixeira (foto acima à direita), que integra o Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado (órgão do Ministério da Justiça de Portugal), também abordou o tema em palestra.

A crise contemporânea da segurança jurídica

Uma análise da crise que compromete a segurança do sistema jurídico foi feita pelo desembargador do TJ/SP, Ricardo Henry Marques Dip. De acordo o secretário-geral da Escola Paulista de Magistratura, as instituições jurídicas e públicas vivem um momento de instabilidade, que ameaça a garantia dos direitos reais. O conferencista fez um alerta no sentido de que as novidades sejam vistas com cautela. "Nem tudo que é novo é bom, e algumas novidades podem ameaçar a segurança que se espera do Registro de Imóveis", aconselhou. O painel contou com a participação do registrador de imóveis e membro nato do Conselho Deliberativo do IRIB, Sérgio Jacomino.

Eficácia do registro em tempos de recessão e de crescimento econômico

O tema reuniu em um mesmo painel expositores dos três países organizadores do *VIII Seminário*. Foram analisados aspectos sobre penhora de bens, insolvências – comuns nos momentos de crise –, além do aumento de aquisições e hipotecas decorrentes do aquecimento da economia. O painel contou com a participação da professora da Faculdade de Direito de Coimbra Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim; do registrador e membro do Colégio de Registradores da Espanha Eduardo Martinez Garcia; e do vice-presidente do IRIB para o Estado do Rio de Janeiro, Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho.

Foto: Riotur Alexandre Macieira

Foto: Cesar Duarte

Raquel Serrabassa, conservadora de la propiedade en Barcelona, España

Los documentos notariales extranjeros y su acceso al registro de la propiedad[1]

// Raquel Serrabassa Ferrer

Registradora de la Propiedad en Barcelona, España. Miembro de la Junta del Decanato de Catalunya y colaboradora de la comisión internacional del Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantil y de Bienes Muebles de España. Maestría en Derecho por la Universidad Ramon Llull y programa de doctorado por la Universidad Pompeu Fabra, ambos de Barcelona.

[1] Leia artigo traduzido na página 110.

> Otra cuestión importante y nueva en nuestra patria debía resolver la comisión, a saber: si han de ser inscritos los documentos o títulos otorgados en el extranjero, que de haberse celebrado en España estarían sujetos a la inscripción. No puede en nuestros días el legislador desentenderse del derecho internacional privado [...] Los principios de este derecho internacional, formulados por ilustres escritores, desarrollados en gran parte por la práctica judicial, sancionados, aunque en menor escala, por algunos tratados entre las diferentes potencias de Europa y de América, y comenzados a escribir con timidez y concisión en las leyes, van ya formando un derecho consuetudinario que, más pronto o más tarde, concluirá por dominar en todas las naciones civilizadas. No será España la que más tarde en entrar en ese camino: la historia de lo pasado es el pronóstico para el futuro.

Este texto, el cual impone un respeto a las normas de derecho internacional privado y, por tanto, la admisión de documentos extranjeros, está extraído de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861.

A pesar de la claridad de tal pronunciamiento y de ser cada vez más frecuentes los documentos otorgados en el extranjero relativos a bienes inmuebles situados en España, la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005 no admitió la inscripción de documentos notariales extranjeros de compraventa de bienes inmuebles por dos motivos: no están sujetos al control de legalidad que debe realizar un Notario español y están otorgados en un país donde el sistema de adquisición del dominio es distinto al nacional. Estos dos motivos fueron rechazados por todas las instancias judiciales, incluido el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de junio de 2012, basándose en la ley aplicable conforme a las normas de derecho internacional privado, la equivalencia de formas y las exigencias del derecho comunitario.

El sistema de adquisición y transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se rige por la *lex rei sitae*. Por tanto, el Registro de la Propiedad atiende a su ley nacional, tanto en lo que se refiere a los requisitos para el acceso de documentos y negocios al mismo como a sus efectos. Cuestión diferente es la ley que rija la forma del negocio jurídico, ya que en este ámbito no se aprecia el mismo interés público por parte del Estado (excepto en aquellos casos en que se exige una forma ad *solemnitatem*). De tal manera que podemos observar una tendencia a incrementar los controles públicos en la organización de los Registros, acompañada de cierta liberación en las vías de acceso, permitiendo que la forma sea la del lugar de otorgamiento u otra conforme a las normas de derecho internacional privado.

La legislación hipotecaria española (artículos 4 LH y 36 RH) impone dos requisitos para la admisión de los documentos extranjeros:

1. Respetar las normas del derecho internacional privado y, entre ellas, las relativas a la forma: debe ser válida conforme alguna de la ley que le sea de aplicación conforme a los puntos de conexión.

2. Debe ser auténtico.

El primer requisito supone un pleno respeto de la *lex rei sitae* a la legislación aplicable a la forma del negocio jurídico (como también a la ley aplicable a otros aspectos o elementos del negocio jurídico, como son la capacidad de las partes y las obligaciones contractuales) y el segundo implica probar la existencia y autoría del documento. Por tanto, a los documentos extranjeros no les resultan exigibles las formas y solemnidades aplicables a los documentos nacionales. No existe lo que algunos han llamado forma-control.

También el derecho comunitario se muestra favorable a la libre circulación de capitales y a la libre prestación de servicios. En fechas recientes, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre el concepto de autoridad en el ámbito comunitario.

En conclusión, desde la primitiva ley hipotecaria, la admisión de documentos extranjeros tiene su propia regulación y no puede la normativa relativa a la forma del negocio jurídico del país del Registro imponer requisitos a los documentos extranjeros, por la sencilla razón de que no les es de aplicación conforme a las normas de derecho internacional privado. Por lo que podemos concluir que la especialidad que impone la legislación hipotecaria es que sólo acceden al Registro documentos extranjeros auténticos.

Foto: Cesar Duarte

Tradução //

Os documentos notariais estrangeiros e seu acesso ao registro da propriedade[1]

// Raquel Serrabassa Ferrer

Registradora da propriedade em Barcelona, Espanha. Membro da Junta del Decanato de Catalunya e colaboradora da comissão internacional do Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles de España. Mestre em Direito pela Universidad Ramon Llull e doutoranda pela Universidad Pompeu Fabra, ambas de Barcelona.

> Outra questão importante e nova em nossa pátria devia ser resolvida pela comissão, a saber: se deverão ser averbados/registrados os documentos ou títulos, outorgados no exterior, que, tendo sido celebrado na Espanha, estariam sujeitos à inscrição. Não pode em nossos dias o legislador ficar alheio ao direito internacional privado [...] Os princípios deste direito internacional, formulados por ilustres escritores, efetuados em grande parte pela prática judicial, sancionados, mesmo que em menor escala, por alguns tratados entre as diferentes potências da Europa e da América, e já tendo sua escrita efetuada de modo tímido e conciso nas leis, já vão formando um direito consuetudinário, que mais cedo ou mais tarde acabará dominado por todas as nações civilizadas. Não será Espanha a que mais demore em entrar nesse caminho: a historia do passado é o prognóstico para o futuro.

Esse texto, o qual impõe respeito às normas de Direito Internacional Privado e, portanto, à admissão de documentos estrangeiros, foi retirado da Exposição de Motivos da primitiva Lei Hipotecária de 1861.

Apesar da clareza de tal pronunciamento e de serem cada vez mais frequentes os documentos outorgados no exterior relativos a bens imóveis situados na Espanha, a Direção-Geral dos Registros e do Notariado, em Resoluções de 7 de fevereiro e 20 de maio de 2005, não admitiu a inscrição de documentos notariais estrangeiros de compra e venda de bens imóveis por dois motivos: não estão submetidos ao controle de legalidade que deve realizar um notário espanhol e são outorgados em um país onde o sistema de aquisição do domínio difere do nacional. Esses dois motivos foram reprovados (dicionário jurídico) por todas as instâncias judiciais, incluso o Tribunal Supremo em Sentença de 19 de junho de 2012, baseando-se na lei aplicável, conforme as normas de Direito Internacional Privado, a equivalência de formas e as exigências do direito comunitário.

O sistema de aquisição e transmissão de direitos reais sobre bens imóveis, assim como sua publicidade, rege-se pela lei do lugar da coisa. Portanto, o Registro da Propriedade atende à sua lei nacional, tanto no que se refere aos requisitos para o acesso de documentos e negócios, bem quanto a seus efeitos. Questão diferente é a lei que rege a forma do negócio jurídico, já que neste âmbito não se reconhece o mesmo interesse público por parte do Estado (exceto naqueles casos em que se exige uma forma para a solenidade ou **validade de um pacto**). De tal maneira que podemos observar uma tendência em aumentar os controles públicos na organização dos registros, acompanhada de certa liberdade nas vias de acesso, permitindo que a forma seja a do lugar de outorgamento ou outra, conforme as normas de Direito Internacional Privado.

A Legislação hipotecária espanhola (arts. 4º LH e 36 RH) impõe dois requisitos para a admissão dos documentos estrangeiros:

1. Respeitar as normas do Direito Internacional Privado e, entre elas, as relativas à forma: deve ser válida conforme a que alguma lei lhe seja aplicável, de acordo com os pontos de conexão.

2. Deve ser autêntico.

O primeiro requisito supõe um pleno respeito da lei do lugar para a legislação aplicável à forma do negócio jurídico (como também a lei aplicável a outros aspectos ou elementos do negócio jurídico, como são a capacidade das partes e as obrigações contratuais) e o segundo implica provar a existência e autoria do documento. Portanto, dos documentos estrangeiros, não se pode exigir as formas e as solenidades aplicáveis aos documentos nacionais. Não existe o que alguns chamaram forma-controle.

Também o direito comunitário se mostra favorável à livre circulação de capitais e à livre prestação de serviços. Em datas recentes, o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se sobre o conceito de autoridade no âmbito comunitário.

Em conclusão, desde a primitiva lei hipotecária, a admissão de documentos estrangeiros tem sua própria regulação e não pode a normativa relativa à forma do negócio jurídico do país do registro impor requisitos aos documentos estrangeiros, pela simples razão de que não lhes é de aplicação, conforme as normas de Direito Internacional Privado. Pelo que podemos concluir que a especialidade que impõe a legislação hipotecária é que só tenham acesso ao registro documentos estrangeiros autênticos.

[1] Tradução feita por Sara Esther González Fernández (Universidade de Buenos Aires)

Foto: Cesar Duarte

Leonardo Monçores Vieira abordou o tema à luz do Direito Internacional Privado, aplicável à hipótese no Brasil

O reconhecimento e a execução de testamentos estrangeiros no Brasil

// Leonardo Monçores Vieira

Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Mestre em Direito. Diretor da Escola de Notários e Registradores do Rio de Janeiro. Tabelião de Notas e oficial do Registro de Imóveis do 3º Ofício de Barra Mansa/RJ.

Sumário 1. Do testamento. 2. Dos elementos de validade do testamento na ótica dos negócios jurídicos no Brasil. 2.1 Dos sujeitos do testamento. 2.2 Do objeto do testamento. 2.3 Das formas do testamento. 3. Da exequibilidade do testamento no Brasil. 3.1 Do registro e do cumprimento do testamento público. 3.2 Da abertura, do registro e do cumprimento do testamento cerrado. 3.3 Da confirmação, do registro e do cumprimento do testamento particular, dos testamentos especiais e do codicilo. 3.4 Da instrumentalidade das formas do testamento no exame judicial de seus elementos extrínsecos. 4. Das formas de ingresso da última vontade formalizada no estrangeiro. 4.1 Do ingresso documental. 4.2 Ingresso judicial: 5. Do cumprimento do testamento estrangeiro no Brasil. 5.1 Aspectos materiais da exequibilidade do testamento estrangeiro no Brasil. 5.2 Aspectos formais da exequibilidade do testamento estrangeiro no Brasil.

1. Do testamento

Muito embora não seja objetivo deste trabalho conferir um tratamento mais aprofundado ao tema da sucessão testamentária, algumas palavras merecem ser ditas a respeito do conceito e da natureza jurídica do testamento, de forma a dar estrutura ao texto e fundamentar as conclusões que virão a seguir.

Dito isso, dentre os poucos consensos doutrinários de que se tem notícia, um deles se refere à natureza jurídica do testamento. Há muito se estabelece que, "tendo em vista que o testamento se constitui de uma declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos queridos pelo disponente, inscreve-se como negócio jurídico".[1] De outra forma não poderia ser. No tratamento dado às diversas formas de manifestação da vontade humana, distinguem-se, dentre os atos jurídicos em sentido lato, aqueles dotados de efeitos jurídicos *ex lege*, daqueles cujos efeitos jurídicos podem ser modulados ao bem querer do agente.

Nos primeiros, rotulados de atos jurídicos em sentido estrito, a liberdade do agente circunscreve-se à voluntariedade na prática do ato, não havendo autonomia quanto aos efeitos que dele emanam. Exemplo clássico desta espécie é o reconhecimento de paternidade. Já nos últimos, apelidados de negócios jurídicos, a autonomia da vontade é mais ampla, extrapolando a esfera de formação do ato para permitir a regulação de seus efeitos, como se observa nos contratos.

Sabendo-se caber ao testador não só a iniciativa de testar, mas também a definição acerca do objeto da deixa e do seu beneficiário, quanto a este podendo estabelecer condições, encargos (Código Civil, art. 1.897) e termos (Código Civil, arts. 1.898 e 1.951) a serem observados na aquisição e no exercício do direito à herança, alinha-se o testamento aos contratos, como típico negócio jurídico.

Dos contratos, diferencia-se basicamente por ser unilateral em sua formação, não se constituindo de um encontro de vontades, mas de uma única manifestação volitiva, a do testador. Aliás, convém logo estabelecer: o testamento é negócio jurídico cuja unilateralidade resta exacerbada por outra característica, a de ser um ato personalíssimo, não se admitindo que qualquer pessoa, além do próprio testador, emita qualquer declaração de vontade no corpo do instrumento, ou interfira nele, a qualquer título.

Decorre naturalmente de seu modo de formação o fato de que não comporta contraprestação, caracterizando-se como negócio jurídico gratuito.

Pode-se apontar, ainda, a solenidade de suas formas como outra característica marcante, conformando-se o testamento como um dos mais ritualísticos atos do Direito Civil. Haja vista o seu conteúdo e o momento em que deve produzir seus efeitos, de outra maneira não poderia ser, cercando, o direito, sua formação, com elementos necessários a conferir-lhe a maior segurança jurídica possível.

Por fim, como manifestação de última vontade, só subsiste se realmente o for. Em outras palavras, havendo manifestação de vontade posterior, revoga-se a anterior, que não mais é a última. Daí se dizer que o testamento é plenamente revogável pela vontade do testador.

Pelo que se expôs, testamento é o negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito, solene e revogável de manifestação das últimas vontades de uma pessoa, elaborado para surtir efeitos após o seu falecimento. Sublinhe-se apenas que, ao contrário do que pregava a doutrina mais clássica, o testamento não é ato de disposição de bens, mas de manifestação de vontade, no bojo da qual pode ou não haver alguma de conteúdo patrimonial.

2. Dos elementos de validade do testamento na ótica dos negócios jurídicos no Brasil

Estabelecida essa premissa inicial, é possível examinar o testamento sob a ótica dos negócios jurídicos em geral, estruturando seus elementos de existência e validade na tríade do art. 104, do Código Civil. Assim, com os pés no primeiro degrau da escada ponteana, temos que são pressupostos de existência de qualquer negócio jurídico a presença de agente, o objeto e a forma. Um degrau acima, percebemos que sua validade pressupõe a capacidade desse agente; a licitude, a possibilidade e a determinabilidade desse objeto; e a liceidade dessa forma.

2.1 Dos sujeitos do testamento

O primeiro dos elementos de validade do negócio jurídico e, portanto, do testamento, prende-se, como visto, ao agente. Segundo a lei, este deve ser capaz, apto a praticar os atos da vida civil e de se obrigar de acordo com sua vontade, atributos que se conferem, de maneira geral, aos maiores de 18 anos mentalmente sãos (Código Civil, art. 5º).

No que concerne especificamente à capacidade para testar, no entanto, estendeu-se essa aptidão aos maiores de 16 anos que tiverem pleno discernimento (Código Civil, arts. 1.860 e 1.861). Dois critérios, portanto, devem ser observados: um de natureza objetiva, aferível biologicamente a partir da idade do agente; outro de natureza subjetiva, verificado na esfera psicológica, relativo ao discernimento próprio aos civilmente capazes.

No que concerne ao primeiro critério, dada a sua natureza, maiores questionamentos não há. Apenas chamamos atenção para o fato de que, por se tratar de ato personalíssimo, despicienda será a assistência do representante legal do testador. Aliás, sendo ele, maior de 16 anos, apto a testar, seria

[1] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 127.

até mesmo impróprio se falar em assistência, instituto voltado a suprir uma capacidade presente no caso em tela.

Já no que tange ao segundo critério, sobretudo dada a fluidez dos termos com que algumas hipóteses de incapacidade são definidas, não se pode dizer o mesmo. Afinal, como aferir o necessário discernimento para testar (Código Civil, arts. 3º, II, e 4º, II), ou a completude do desenvolvimento mental de uma pessoa (Código Civil, art. 4º, III), sobretudo, na zona gris em que se apresentam algumas enfermidades mentais. Por esta razão, é comum a exigência, por tabeliães de notas, da apresentação de certidões, atestados e declarações que afastem qualquer sombra de falta de discernimento quanto à pessoa do testador. Embora não haja imperativo legal que determine essa cautela, não há outra forma de se buscar a profilaxia do ato notarial quanto às vicissitudes psicológicas que podem conduzir à sua nulidade.

Tome-se, por exemplo, a pessoa portadora de alguma anomalia psíquica, principalmente a que tenha intervalos de lucidez. Sem que se apresentem certidões expedidas pelo Juízo de Órfãos e Sucessões e pelo Registro de Interdições e Tutelas, impossível saber se há algum questionamento acerca de sua sanidade mental ou certeza de sua incapacidade. Igual problema pode surgir quando o paradigma adotado for pessoa de idade avançada, servindo o atestado médico para assegurar que a senilidade do agente não comprometeu seu discernimento.

Outra questão interessante a respeito da capacidade para testar é a que diz respeito aos portadores de necessidades especiais, em relação aos quais a ausência de algum sentido poderia refletir na claridade de expressão da sua vontade. Reste assentado desde logo, seja o testador surdo, mudo ou cego, continua ele capaz de dispor em testamento, apenas se diversificando a forma que o instrumento deverá assumir, buscando-se, com isso, otimizar a segurança jurídica que deve revestir o ato, fragilizada pela circunstância que acomete o testador.

A mesma ideia, de equilibrar uma suposta deficiência na manifestação de vontade com o aumento da rigidez de sua forma, aplica-se ao testamento feito por pessoa analfabeta. Mas certo é que, também aqui, a celeuma não diz respeito à capacidade desses agentes para dispor em testamento, mas à sua forma, razão pela qual o ponto será mais bem examinado no tópico relativo a este elemento do negócio jurídico.

Quanto ao pródigo, apesar de arrolado entre os incapazes (Código Civil, art. 4º, IV), temos que a condição psíquica que lhe impõe limites ao exercício de negócios jurídicos translatícios em vida não invalida seu testamento. A prodigalidade, enquanto incapacitante, só se legitima como medida protetiva da pessoa acometida dessa circunstância. Não havendo qualquer prejuízo patrimonial ao disponente em um negócio jurídico *causa mortis*, fez por bem o legislador não incluir, dentre as atividades defesas ao pródigo, a testamentaria (Código Civil, art. 1.782).

Por fim, quanto ao testador, deve-se frisar que a validade da manifestação de sua vontade de testar, tal qual nos demais negócios jurídicos, depende não só do pleno domínio das funções cognitivas pelo agente, mas também da liberdade de seu exercício. Presente algum vício da vontade, como nos casos de erro, dolo e coação, inválida será também a disposição que nele se fundou (Código Civil, art. 1.909).

O outro sujeito do testamento é o seu beneficiário. Atente-se, não é ele agente desse negócio jurídico que, como visto, é unilateral. Sua vontade, portanto, é irrelevante para a existência e validade do testamento. Mas sua indicação, como destinatário da deixa, é essencial, pelo que o tema mereceu especial atenção do legislador, regulando os que têm e não têm legitimidade para suceder.

Com maior amplitude do que se estabeleceu para a sucessão legítima, na sucessão testamentária, legitimam-se não só as pessoas físicas já nascidas ou concebidas no momento da sucessão (Código Civil, art. 1.798), como também as ainda não concebidas, as pessoas jurídicas e as fundações no ato instituídas (Código Civil, art. 1.799).

Quanto aos não concebidos, insta salientar que a deixa não subsiste se não o forem em até 2 anos contados da abertura da sucessão (Código Civil, § 4º do art. 1.799). A respeito das pessoas jurídicas, devem estar elas devidamente constituídas, exceção que se abre às fundações instituídas pelo testador, cuja personificação ocorrerá em momento necessariamente posterior.

Na sequência, por imperativo de segurança jurídica ou de ordem moral, a lei proíbe certas pessoas de serem indicadas como beneficiárias em testamento. Dessa forma, não podem figurar nessa qualidade a pessoa que escreveu o testamento a rogo do testador, as testemunhas do testamento, o concubino do testador casado e aquele perante quem se fizer ou aprovar o testamento (Código Civil, art. 1.801). O mesmo se aplica aos seus ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuges (Código Civil, Parágrafo único do art. 1.802), tudo sob pena de nulidade (Código Civil, art. 1.900, V).

Nesse tocante, apenas duas ressalvas devem ser observadas: não carece de legitimidade para suceder o concubino do testador casado se este estiver separado de fato, sem culpa sua, há mais de cinco anos (Código Civil, art. 1.801, III); e a sua ilegitimidade não implica na ilegitimidade de seu filho, se este também o for do testador (Código Civil, art. 1.803).

2.2 Do objeto do testamento

O segundo elemento de validade do negócio jurídico cinge-se ao seu objeto, o qual deve ser lícito, possível e determinado. Nunca é demais lembrar, o mesmo se diga do testamento. Assim, não obstante a lei inicie por estabelecer como possível objeto do testamento a totalidade de bens do testador (Código Civil, art. 1.857), não tarda em limitar a testamentaria, excluindo de seu âmbito a legítima dos herdeiros necessários (Código Civil, § 1º do art. 1.857 e art. 1.846).

Não que o testador esteja proibido de dispor sobre a legítima. Pode ele fazer com que todos os arranjos patrimoniais que desejar sejam observados após os seu falecimento, destinando tal ou qual bem às pessoas legitimadas a sucedê-lo até que se esgotem os direitos a serem transmitidos. O que a lei proíbe é a deserdação informal dos herdeiros necessários pelo testador, bastando, no acerto testamentário, que suas legítimas sejam respeitadas para que a deixa seja válida.

Sob o aspecto patrimonial, o objeto do testamento pode consistir em uma herança ou em um legado. Pelo primeiro, contempla-se o beneficiário a título universal, com uma fração ideal do patrimônio do testador; no segundo caso, a disposição se dá a título singular, recaindo sobre certo e determinado bem.

O estudo das disposições testamentárias no que se refere aos legados leva a discussão acerca do objeto do testamento da dimensão quantitativa para a qualitativa, conferindo ao tema contornos mais interessantes. Nesse ponto, ousamos dizer, aproxima-se mais o instrumento sucessório dos negócios jurídicos em geral, na medida em que se deve buscar a determinação do seu objeto com maior acuidade. Prova desse alinhamento vem na afirmação de que qualquer erro na indicação do bem legado anula a disposição se, por outros critérios, não se puder identificar a coisa à qual o testador quis se referir (Código Civil, art. 1.903), à semelhança da solução encontrada para o mesmo defeito, em se tratando de outros negócios jurídicos (Código Civil, art. 142).

Superada a questão de sua identificação e feitas as ressalvas acerca da legítima, temos que, qualitativamente, qualquer bem do testador pode ser legado (Código Civil, art. 1.857). Bastando que seja dotado de conteúdo econômico e seja susceptível de apropriação,[2] não interessa para esse efeito tratar-se de bem corpóreo ou incorpóreo, constituído em direito real ou pessoal, presente ou futuro, tudo pode ser legado: coisas que não pertençam ao testador no momento da abertura da sucessão (Código Civil, art. 1.912); coisas incertas (Código Civil, art. 1.915); crédito e quitação de dívidas (Código Civil, art. 1.918); alimentos (Código Civil, art. 1.920); usufruto (Código Civil, art. 1.921) etc.

Mas não só de bens se constitui o objeto do testamento. Também são válidas as disposições de caráter não patrimonial, mesmo que só a elas o testador tenha se referido (Código Civil, § 2º do art. 1.857), do que são exemplos clássicos o destino a ser dado ao corpo do testador (Código Civil, art. 14), o perdão (Código Civil, art. 1.818), a nomeação de tutor (Código Civil, Parágrafo único do art. 1.829), a deserdação (Código Civil, art. 1.964) e o reconhecimento de paternidade (Código Civil, art. 1.609, inc. III), este último irrevogável.

Por fim, ainda a respeito dessas disposições de caráter não patrimonial, algumas palavras merecem ser ditas sobre o chamado testamento vital, também conhecido pelo termo testamento vidual. Trata-se, bem da verdade, não de um testamento propriamente dito, mas de um instrumento em que se estabelecem diretivas antecipadas de vontade, a serem observadas nas hipóteses em que pacientes se encontrem incapacitados de se comunicar, ou de expressar, de maneira livre e independente, suas vontades acerca dos tratamentos médicos a que desejam ou não se submeter (Resolução CFM 1.995/2012, arts. 1º e 2º).

Estruturalmente, diferem as diretivas antecipadas de vontade, do testamento civil, pela informalidade de sua instrumentalização. Não há norma legal específica disciplinando o tema, pelo que se recorre ao princípio da liberdade das formas (Código Civil, art. 107) de maneira a autorizar o estabelecimento de diretivas antecipadas de vontade inclusive verbais, anotando-se no prontuário aquilo que for comunicado ao médico por seu paciente (Resolução CFM 1.995/2012, § 4º do art. 2º).

A par dessa informalidade, aponta-se, ainda, o momento de sua eficácia como outro elemento que o diferencia do testamento civil. Afinal, se as diretivas antecipadas de vontade são definidas para produzir eficácia em vida, o testamento é negócio jurídico *causa mortis*, razão pela qual não poderia consubstanciar disposições acerca de ortanásia.[3]

2.3 Das formas do testamento

Último elemento estruturante dos negócios jurídicos, o exame da forma é elevado a um outro patamar quando o tema é testamento, o qual, ao lado do casamento, é um dos mais solenes institutos conhecidos no direito privado. E de outra forma não poderia ser. Afinal, instrumentalizado para produzir efeitos no momento em que o disponente não mais se encontra no plano terreno, o rigor das formas deve prevalecer como meio de se alcançar suficiente segurança jurídica quanto à autoria, ao conteúdo e à autenticidade das declarações no testamento consubstanciadas.

São formas ordinárias de testamento prescritas em nosso ordenamento as do testamento público, do testamento cerrado e do testamento privado. São especiais as do testamento marítimo, do testamento aeronáutico e do testamento militar. Menos solene, mas ainda dotado de formalidade, existe ainda o codicilo. No entanto, antes de dissecarmos cada uma dessas modalidades, convém lembrar que a lei veda o chamado testamento conjuntivo (Código Civil, art. 1.863), ponto pelo qual iniciamos a abordagem do tema.

I – Testamento conjuntivo:

Testamento conjuntivo, coletivo ou de mão conjunta, é aquele no qual se encontram instrumentalizadas as últimas vontades de duas ou mais pessoas. Trata-se de gênero do qual são espécies o testamento simultâneo, no qual duas pessoas indicam terceiros como seus sucessores; o recíproco, por meio do qual testadores nomeiam, um ao outro, como beneficiários da deixa; e o correspectivo, que contém disposições feitas em retribuição a outras expressamente correspondentes.[4]

Como facilmente se percebe, a deixa conjuntiva implica violar uma das principais características do testamento, a de ato personalíssimo, importante elemento de proteção da vontade do testador contra influências externas. Por essa razão, os ordenamentos jurídicos normalmente trazem vedações à sua facção, cominando com nulidade absoluta o desrespeito à proibição (Código Civil Brasileiro, art. 1.863; Código Civil Português, art. 2.181º; Código Civil Espanhol, art. 669).

Não obstante tratarmos o tema no estudo das formas testamentárias, a peculiaridade do testamento conjuntivo não reside propriamente em sua forma. Esta continua vinculada a alguma das modalidades acima mencionadas (público, cerrado, particular, marítimo, aeronáutico e militar). A questão cinge-se, bem da verdade, ao seu conteúdo, vedando a lei que se insira, num só instrumento, mais de uma declaração de vontade, razão pela qual melhor seria tratar o tema junto aos demais referentes ao objeto do testamento.

II – Testamento público:

Em uma gradação que vai da forma mais à menos segura de se declarar suas últimas vontades, o testamento público ocupa o primeiro lugar dentre as possíveis modalidades,[5] razão pela qual são também mais significativas as solenidades por que deve passar para alcançar a validade que dele se espera. Esse formalismo pode ser compreendido em três etapas distintas,

[2] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 33ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116.
[3] E não se argumente, com o fito de autorizar um testamento civil dispondo sobre diretivas antecipadas de vontade, que o reconhecimento de paternidade, mesmo feito em testamento, pode produzir efeitos imediatos. A razão dessa eficácia imediata pode ser encontrada na irrevogabilidade da disposição (Código Civil, art. 1.609, inc. III), qualidade que não se verifica na antecipação de diretivas de vontade.
[4] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 145.
[5] TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1.309.

Foto: Cesar Duarte

consistentes em regras especiais sobre sua facção, leitura e encerramento (Código Civil, art. 1.864, incs. I a III).

Assim, impõe-se de início, seja o testamento público lavrado em notas por tabelião ou seu substituto, profissionais dotados de fé pública *ex vi lege* (Lei nº 8.935/1994, art. 3º), segundo as declarações que lhe prestar o testador. Perceba-se, no sistema atual, ao contrário do que dispunha o Código Beviláqua (Código Civil de 1916, art. 1.632, inc. I), permite-se a lavratura do testamento por tabelião substituto, responsável pelo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular (Lei nº 8.935, art. 20, § 5º). E quanto às declarações do testador ao tabelião, naturalmente pode ele se valer de escritos, como minutas, notas e apontamentos que lhe auxiliem na verbalização de sua manifestação de vontade.

Ato contínuo, o instrumento deve ser lido em voz alta pelo tabelião, a um só tempo, ao testador e a duas testemunhas; ou pelo testador, na presença destas e do tabelião. A providência é essencial à fiscalização do que foi lavrado, permitindo que correções sejam realizadas antes do encerramento do instrumento.

Por fim, deve o testamento ser assinado pelo testador, que rubricará todas as suas páginas, e pelas testemunhas, após o que será encerrado pelo tabelião. Essa solenidade final serve para atestar a observância das formalidades que lhe antecederam, bem como para aperfeiçoar o instrumento, conferindo-lhe existência jurídica enquanto testamento.

Interessante nesse ponto é notar a relativização do princípio da autenticidade, quando o tema é testamento público. Tamanha é a solenidade envolvendo o ato que determinou a lei não bastar a fé pública notarial a atestar a veracidade das disposições nele contidas. Exige-se mais, que estejam presentes ao ato ao menos duas testemunhas instrumentárias.

Sobre o assunto, ao contrário do que dispunha a ordem civil anterior (Código Civil de 1916, art. 1.650), a atual não arrola os impedidos de servirem como testemunhas no testamento. Não obstante, buscando suprimento junto às normas que regem os negócios jurídicos em geral (Código Civil, art. 228), aplicáveis à ausência de uma disciplina específica, percebe-se uma certa similitude entre as hipóteses de impedimento outrora vigentes, e as que devem ser atualmente observadas.

Nesse sentido, continuam impedidos os menores de 16 anos. Além deles, se antes eram impedidos os loucos de todo o gênero, atualmente os são aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil. O herdeiro instituído e o legatário, seus ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuge, continuam impedidos de serem testemunhas no testamento, se não na atual figura de interessados no negócio jurídico, por expressa vedação legal (Código Civil, art. 1.801, inc. II, e Parágrafo único do art. 1.802).

Além desses casos, três novidades merecem maior reflexão. A primeira, o atual Código Civil não admite como testemunhas ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuge e companheiro das partes do negócio jurídico. Além disso, veda que amigos íntimos e inimigos capitais das partes do negócio jurídico sirvam como testemunhas. Por fim, dispõe que a inaptidão dos cegos e surdos para servirem como testemunhas não é mais absoluta, mas apenas quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam.

Embora não seja correto falar em partes do testamento, enquanto negócio jurídico unilateral, certo é que não há testamento sem testador ou beneficiário. Dessa forma, surge o questionamento a respeito da admissibilidade dos ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuge e companheiro do testador, herdeiros e legatários, como testemunhas instrumentárias do testamento. O mesmo se diga sobre seus amigos íntimos ou inimigos capitais. Talvez o melhor critério seja o objetivo, afastando essas pessoas da solenidade em prol de outras, menos interessadas.

Quanto às pessoas portadoras de necessidades especiais, sejam elas cegas ou surdas, parece não ter havido, ao menos no que concerne ao testamento, uma real inovação. Diz a lei que esses indivíduos podem servir como testemunhas de negócios jurídicos em geral apenas quando capazes de perceberem, por seus sentidos, os fatos cuja ocorrência se deva provar. Sabendo não ser possível ao surdo ouvir a leitura do testamento e, ao cego, ver o que se passa na solenidade ou o instrumento no qual sua assinatura será colhida, não podem participar do ato.

Dando sequência ao estudo, note-se que, considerando poderem ser as disposições testamentárias informadas ao tabelião verbalmente, abre-se a

forma pública da deixa aos analfabetos e àqueles que não podem assinar. No entanto, outra formalidade se faz necessária à otimização da segurança jurídica do ato: sendo a hipótese, assim será declarado no testamento e caberá a uma das testemunhas assinar a rogo do testador (Código Civil, art. 1.865).

Quanto aos portadores de necessidades especiais, mais questionamentos são espancados pela lei no que tange ao indivíduo inteiramente surdo. Sendo ele incapaz de perceber por seus sentidos a leitura do testamento, deverá ele mesmo fazê-la ou, não o sabendo, designar quem o leia, sempre na presença das testemunhas (Código Civil, art. 1.866). Embora não haja previsão legal nesse sentido, é natural que a providência adotada para suprir esse desequilíbrio na segurança jurídica do ato seja nele estampado.

Da mesma maneira, a lei trata da problemática envolvendo o cego, afastando qualquer dúvida sobre sua aptidão para testar na forma pública. Aliás, dado o risco a que se submetem estes portadores de necessidades especiais na realização de negócios jurídicos, a eles só se permite esta modalidade de declaração de última vontade. E não bastasse a maior segurança ínsita ao testamento público, outras formalidades são exigidas, devendo o testamento lhe ser lido não uma, mas duas vezes, uma pelo tabelião e outra por uma das testemunhas, do que se fará menção no instrumento (Código Civil, art. 1.867).

Já a respeito do indivíduo mudo, sua capacidade para testar na forma pública não é tão pacífica. Embora a maioria da doutrina encare a formalidade de lavratura do testamento público, segundo as declarações que prestar o testador ao tabelião, como obstáculo intransponível à legitimação do mudo,[6] vozes autorizadas já se manifestam em contrário.[7]

O fundamento da dissidência se encontra no fato de que o Código Civil atual não repetiu, na sua literalidade, o dispositivo que anteriormente tratava do assunto (Código Civil de 1916, art. 1.632, inc. I). Dessa forma, não haveria mais de se falar, como outrora, seja o testamento público escrito pelo tabelião, de acordo com o ditado, ou as declarações do testador. Pelo contrário, observada a normatização própria dos negócios jurídicos em geral, sendo possível ao mudo expressar sua vontade por outra via que não a verbal, tal qual a apresentação de minuta escrita ao tabelião, ser-lhe-ia franqueado o acesso à mais solene das modalidades de testamento.

III – Testamento cerrado:

Ocupando um grau intermediário de segurança jurídica, o testamento cerrado se caracteriza pelo segredo de seu conteúdo, indisponível aos olhos de quem quer que seja, a não ser os da pessoa que o elaborou. Daí ser também conhecido como secreto, místico, sigiloso ou fechado. Assim, afirmarmos tratar-se de forma dotada de menor segurança jurídica do que a pública, afinal, desconhecidas suas disposições, pode nunca surtir efeitos, *e.g.*, quando extraviado ou destruído.

A solenidade de facção do testamento cerrado também pode ser estruturada em algumas fases. Mas diferente do que se viu na elaboração do testamento público, melhor dividi-las em duas: uma privada, compreendendo a instrumentalização do testamento, e uma pública, abrangendo sua apresentação, aprovação, leitura, encerramento e fechamento (Código Civil, art. 1.868).[8]

Assim sendo, temos que o testamento cerrado deve ser escrito pelo próprio testador e por ele assinado. Com isso, aumenta-se o sigilo de suas disposições, sendo este justamente seu diferencial em relação às demais formas de deixa. Mas a lei admite que sua instrumentalização seja feita por outra pessoa a seu rogo, inclusive o tabelião ao qual cumprirá aprová-lo (Código Civil, art. 1.870), sempre sendo, ao final, pelo testador assinado. Ainda nesse aspecto, não há exigência de que o testamento cerrado seja escrito de próprio punho, admitindo-se sua escrituração mecanicamente, desde que o testador o assine e rubrique todas as suas folhas (Código Civil, art. 1.870).

Após a etapa privada de elaboração cédula sigilar, segue-se à publica, realizada perante um tabelião de notas, ao qual compete a aprovação do testamento cerrado. O formalismo exige, inicialmente, a apresentação do instrumento ao tabelião pelo próprio testador, que deverá declarar que aquele é seu testamento e requerer sua aprovação, na presença de duas testemunhas instrumentárias, mesmo número exigido para o testamento público.

Ato contínuo, sob a atenção do testador e das testemunhas, deverá o tabelião proceder à aprovação do testamento cerrado, lavrando auto que deve se iniciar imediatamente após a última palavra do testador no instrumento, no qual portará por fé tratarem-se das disposições de última vontade deste, que lhe foram entregues para aprovação na presença das testemunhas.

Na sequência, o tabelião deverá fazer a leitura do auto de aprovação ao testador e às testemunhas. Reste bem claro, a leitura não terá como objeto as disposições de última vontade do testador, as quais, como já salientamos, pretende-se sejam sigilosas. O que deve ser publicizado é o termo de aprovação, sendo a sua leitura, apenas, necessária e suficiente à observância da solenidade.

Feita a leitura do termo, deve ele ser assinado pelo testador e pelas testemunhas e encerrado pelo tabelião. Tal qual no testamento público, essa solenidade serve para atestar a observância das formalidades que lhe antecederam, bem como para aperfeiçoar o instrumento, conferindo-lhe existência jurídica enquanto testamento cerrado.

Não mais interessando a qualquer pessoa o que vai em seus termos, cumprirá ao tabelião garantir, por fim, o seu sigilo, fechando e cozendo o instrumento aprovado em algum invólucro e devolvendo-o ao testador (Código Civil, art. 1.874). Naturalmente, embora não haja disposição legal nesse sentido, cumpre ao tabelião assegurar a inviolabilidade do envoltório do testamento, apondo nele o seu sinal público e informando local e data do seu fechamento. De outra forma, será impossível aferir que este se manteve íntegro desde seu cozimento, ou mesmo que se trata do invólucro original. Afinal, sua abertura deve se realizar apenas em juízo (Código Civil, art. 1.875), presumindo-se sua revogação quando, pelo testador ou a seu mando, seja ele antes dilacerado ou aberto (Código Civil, art. 1.972).

---

[6] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito das sucessões*. São Paulo: CPC-Curso Preparatório para Concursos, 2003, p. 57. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 138. VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. VII, p. 191. VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva. v. 21, p. 83. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 138.

[7] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15ª ed. atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. São Paulo: Saraiva, v. VI, p. 206.

[8] Ou, como preferia NONATO, Orozimbo. In: *Estudos sobre a Sucessão Testamentária*, vol. I, nº 221, apud PEREIRA, op. cit., p. 155, *Escrita particular e instrumento público de aprovação*.

Por fim, insta consignar que, embora o testamento cerrado não seja um ato notarial protocolar, seu termo de aprovação o é, razão pela qual deve ser lançada no livro próprio nota do lugar, do dia, do mês e do ano em que o testamento foi aprovado e devolvido ao testador (Código Civil, art. 1.874). Note-se que, não se tratando de ato notarial protocolar, o testamento pode ser, inclusive, escrito em língua estrangeira, já que não será lido às testemunhas ou lançado no livro de notas próprio (Código Civil, art. 1.871).

Acerca das testemunhas do testamento cerrado, aplicam-se os mesmos impedimentos antes enunciados quando do estudo do testamento público, razão pela qual nos limitamos a fazer uma remissão ao ponto em que tratamos o tema.

Considerando a exigência de que o testamento cerrado seja assinado pelo próprio testador, embora possa ser escrito por outrem a seu rogo, decorre dessa sistemática a sua vedação àqueles que não saibam ou possam ler (Código Civil, art. 1.872). Não há, tal qual havia no Código Beviláqua (Código Civil de 1916, art. 1.633), a possibilidade de assinatura a rogo nessa via testamentária, aspecto que, no exercício da função profilática que lhe é própria, pode e deve ser verificado pelo tabelião no momento da aprovação do testamento cerrado.

Não obstante a solenidade que acompanha o testamento cerrado exigir que o testador, ao apresentá-lo ao tabelião, declare ser aquele o seu testamento e requeira sua aprovação, bem como lhe seja lido o termo de aprovação, pode o surdo-mudo testar nessa via. Apenas se deve atentar para o incremento da formalidade no caso. Assim, de maneira a otimizar a segurança jurídica, deve o testamento ser escrito de próprio punho pelo testador, o qual deverá ainda escrever, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação requer (Código Civil, art. 1.873).

Ao cego, não se admite o testamento cerrado. Considerando o risco a que estaria sujeito ao testar, apenas se lhe permite o testamento público (Código Civil, art. 1.867), como já deixamos assentado nas linhas acima.

IV – Testamento particular:

Trata-se esta da menos solene das formas ordinárias de testamento. O testamento particular, privado ou hológrafo, é aquele escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, sem rasuras ou brancos, lido e assinado pelo testador na presença de ao menos três testemunhas, as quais também deverão subscrevê-lo (Código Civil, art. 1.876 e §§). Não depende de lavratura ou aprovação em livro de notas, ou de qualquer outra solenidade que lhe confira publicidade ou autenticidade. Bastando que seja instrumentalizado nesses termos, alcança o degrau da validade.

Em não sendo sequer um ato notarial, caso em que se poderia questionar da linguagem a ser observada pelo testador na redação da cédula, o testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira. Mas, como deve ser lido às testemunhas, estas devem compreendê-la (Código Civil, art. 1.880).

No que se refere às testemunhas do testamento particular, perceba-se, a lei exigiu no mínimo três, de forma que o testador pode se valer de número superior. Haja vista a necessidade de ulterior confirmação do testamento em juízo, como será como será mostrado mais adiante, deve o testador perquirir da conveniência de uma maior quantidade de testemunhas no ato. Afinal, ao menos uma deverá estar presente e reconhecer o testamento (Código Civil, art. 1.878 e Parágrafo único). Quanto aos seus impedimentos, aplicam-se as regras enunciadas quando do estudo do testamento público, ponto ao qual remetemos o leitor.

O nível de segurança alcançado pelo testamento particular, como logo se percebe, é o menor dentre todos os demais meios ordinários. Tamanho é o risco a que estão sujeitas as últimas vontades do testador, que a via particular somente se justifica ante o desejo do seu autor de manter em sigilo a existência da deixa, ou de circunstâncias excepcionais que não permitam que sejam as disposições do testador instrumentalizadas de outra maneira. Aliás, a presença dessas circunstâncias excepcionais, quando expressamente declaradas no testamento, pode até mesmo determinar a dispensa de testemunhas, apenas se exigindo que, para tanto, a cédula seja redigida de próprio punho e assinada pelo testador (Código Civil, art. 1.879). Desnecessário dizer, a já reduzida segurança jurídica que caracteriza esta forma de deixa resta totalmente esvaziada na hipótese.

Mas no que consistiriam estas circunstâncias excepcionais, capazes de justificar a dispensa das mais importantes formalidades do testamento hológrafo, reduzindo-o a um simples documento escrito de próprio punho e assinado pelo testador? A nosso ver, a cláusula aberta da excepcionalidade merece ser preenchida casuisticamente, perquirindo-se das condições que impedem o testador de se valer de outra forma de deixa. Parece-nos presente, aqui, a ideia de urgência na facção do testamento, como na hipótese de se encontrar o testador em iminente risco de vida, em local no qual não possam estar presentes testemunhas não impedidas.

And last but not least, devendo o testamento ser redigido, lido e assinado pelo testador, a via particular fica vedada aos que não saibam ou não possam escrever. Com exceção daquelas circunstâncias excepcionais que permitem a dispensa de testemunhas, e, portanto, da leitura do testamento, também aos mudos não se permite o testamento particular. Sabendo-se que, ao cego, só se permite a forma pública de deixa, concluímos que, quanto aos portadores de necessidades especiais, apenas o surdo poderá testar privativamente.

Não podemos terminar este estudo sem, no entanto, tecer uma crítica ao testamento particular. Em uma visão macroscópica de um sistema que o coloca ao lado do testamento público e do cerrado como formas ordinárias de deixa, o hológrafo parece deslocado, considerando o grau de segurança e as formalidades próprias de cada um.

Ora, o testamento público e o cerrado contam com a participação de um profissional do direito dotado de fé pública em sua formalização, e, mesmo assim, considerada a importância conferida pela lei às disposições de última vontade, a autenticidade do ato notarial é relativizada com a exigência de duas testemunhas que devem acompanhar a lavratura do primeiro e a aprovação do segundo. É dizer, não basta a palavra do tabelião para conferir a segurança jurídica necessária aos testamentos públicos e cerrados, impondo-se a presença de mais duas pessoas a atestar o cumprimento das solenidades, a autoria e a veracidade das declarações testamentárias.

Quando verificamos que no testamento particular não há a figura do tabelião, mas sim de uma terceira testemunha do ato, fica a impressão de que se substituiu esse profissional por alguém não investido em fé pública. E, mesmo assim, permitiu-se que a observância das solenidades, autoria e veracidade de tão relevante ato, capaz até mesmo de relativizar o princípio da autenticidade notarial no que tange às demais formas ordinárias de deixa, sejam atestadas por essas pessoas.

O fato de depender de confirmação em juízo (Código Civil, art. 1.878) não infirma a incompatibilidade sistêmica apontada. As formas servem para garantir segurança a respeito da existência e do conteúdo das disposições testamentárias. Não sendo possível ao *de cujus* tutelar sua vontade, devem ser observadas, enquanto necessárias à instrumentalização desta garantia. Embora a confirmação posterior do testamento reduza a insegurança da deixa hológrafa, a falta de fé pública dos seus confirmantes permanece.

Para conferir congruência ao sistema, dever-se-ia dispensar as testemunhas do testamento público e do cerrado, ou se aumentar o número das testemunhas do testamento particular. Talvez por isso, e pela pouca utilização do testamento particular entre nós de orientação romano germânica, tenha o legislador português optado por não autorizar aos seus essa modalidade de deixa (Código Civil Português, art. 2.204º).

V – Testamentos especiais:

Além dos meios ordinários de disposição de última vontade, acima estudados, permitem-se, ainda, algumas formas especiais de testamento, arroladas numerus clausus no Código Civil (art. 1.887), a saber: o marítimo, o aeronáutico e o militar (Código Civil, art. 1.886). Essa especialidade, como poderemos perceber, é decorrente de dois fatores: o primeiro, da impossibilidade do exercício da testamentaria perante um tabelião de notas; o segundo, da resolubilidade do testamento, caso não se abra a sucessão em determinadas circunstâncias. Vamos a eles.

No que concerne ao testamento marítimo e ao aeronáutico, serão estes permitidos àqueles que se encontrem a bordo de embarcação nacional, de guerra ou mercante, ou aeronave, militar ou comercial. Serão realizados por forma que corresponda ao testamento público ou ao testamento cerrado, perante o comandante da embarcação ou da aeronave, ao qual cumpre registrar as disposições ou o termo de aprovação no diário de bordo (Código Civil, art. 1.888 e Parágrafo único, e art. 1.889).

Não que estejam os passageiros e tripulantes proibidos de testar pela forma particular. Podendo escrever, não sendo cegos ou mudos, não existe qualquer circunstância que os impeça de se valer da forma hológrafa. Mas, almejando conferir à deixa o atributo da publicidade, poderão se valer da forma pública e da cerrada, perante o comandante do navio ou da aeronave.

Os testamentos realizados dessa forma especial ficarão na guarda do comandante, que os entregará à autoridade administrativa do primeiro porto ou aeroporto nacional que tocarem, contra recibo lançado no diário de bordo (Código Civil, art. 1.890). A disposição deve ser interpretada *cum grano salis*, aplicando-se apenas à deixa que assumir a forma pública. Mesmo nesse caso, registradas as disposições testamentárias no diário de bordo, o que se entregará à autoridade portuária ou aeroportuária é um traslado seu, sendo impensável alijar do livro as folhas em que se encontra assentado o testamento. Mas em se tratando de testamento marítimo ou aeronáutico na forma cerrada, determinada a observância das regras que lhe são próprias, apenas o termo de aprovação restará registrado no diário de bordo. E dada sua característica sigilosa, apenas o traslado deste termo será entregue à autoridade competente.

Como visto, essas formas especiais de testamento foram criadas para serem utilizadas em circunstâncias nas quais não é possível o acesso a um tabelião de notas, em virtude de estarem os interessados em viagem, a bordo de embarcação ou aeronave. Sabendo disso, não pode valer o testamento marítimo se, ao tempo em que o foi feito, o navio se encontrava atracado em porto, no qual o testador pudesse desembarcar e testar na forma ordinária (Código Civil, art. 1.892). Pela mesma razão, se o testador não falecer durante a viagem ou nos noventa dias que se seguirem ao seu desembarque, quando lhe será possível testar pela forma ordinária, caducará o testamento, resolvendo-se suas disposições (Código Civil, art. 1.891).

Duas questões de maior interesse prático surgem ao se tratar dessas deixas especiais. A primeira diz respeito à caducidade do testamento quanto à eventual disposição de reconhecimento de filho. Em outras palavras, não falecendo o testador durante a viagem ou nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, prevalece a perfilhação levada a termo no testamento? Entendemos que sim. Como em qualquer outra situação de caducidade do testamento, a verificação das circunstâncias que lhe dão ensejo resolve apenas o negócio jurídico nele consubstanciado. É dizer, aquele escrito não valerá como testamento, mas como documento que consubstancia um ato jurídico em sentido estrito, sim.

A outra questão passaria despercebida, não fosse o assunto do presente trabalho. Talvez por isso não se tenha encontrado na doutrina quem tratasse do tema referente à nacionalidade do testamento, quando realizado a bordo de navio ou aeronave fora do território nacional. Tratar-se ia de testamento estrangeiro?

Em uma primeira reflexão sobre o tema, parece-nos que, sendo o testamento realizado perante o comandante da embarcação ou da aeronave, em conformidade com as disposições atinentes ao testamento público ou ao cerrado, não interessa o local onde estas se encontravam no momento de sua facção. Teríamos aqui, em tese, um testamento realizado junto à pessoa à qual o ordenamento jurídico nacional outorgou a fé pública necessária para tanto.

Nesse sentido, não seria absurdo dizer que o comandante, ao cumprir este mister, exerceu verdadeira função pública, que lhe foi delegada pelo Estado brasileiro, de conferir publicidade e autenticidade às disposições testamentárias.

O mesmo não pode ser dito do testamento particular instrumentalizado a bordo de navio ou aeronave fora do território nacional. Nessa hipótese, convém perquirir sobre a natureza da embarcação ou aeronave, se públicas ou particulares, bem como do território onde se encontram, para que se afirme mais seguramente a nacionalidade do testamento. Isso porque, se a lei considera extensão do território nacional as embarcações e as aeronaves brasileiras de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar, para fins de aplicação do Direito Penal (Código Penal, art. 5º e § 1º), o mesmo critério deve valer para o Direito Civil, na ausência de uma norma específica.

Assim sendo, considera-se elaborado no Brasil o testamento particular instrumentalizado a bordo de navio ou aeronave de natureza pública, ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem. Também deverão ser havidos por testados no Brasil os hológrafos realizados a bordo de aeronaves e embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se encontrem no espaço aéreo correspondente ou em alto mar. Já os testamentos particulares realizados em aeronaves e embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, encontradas no espaço aéreo ou mar territorial de outro Estado, neste devem se considerar feitos.

Sobre o testamento militar, são legitimados a dele se valerem os militares e os civis a serviço das forças armadas, desde que se encontrem em campanha, em local onde a liberdade de locomoção esteja limitada ou incomunicáveis, e, mesmo assim, somente se não houver tabelião que os atenda (Código Civil, art. 1.893). Tal qual se verificou quanto aos testamentos marítimo e aeronáutico, não estão estas pessoas proibidas de testarem na forma hológrafa, desde que possam escrever, não sejam cegos ou mudos. Mas se quiserem atribuir maior publicidade às suas disposições, em circunstâncias que não os permitam se utilizarem do serviço notarial, poderão fazê-lo perante autoridades militares.

Sabendo, e não estando impossibilitado de escrever, poderá o testador redigir seu próprio testamento militar, desde que o faça de próprio punho, o assine e o apresente, na presença de duas testemunhas, ao auditor ou oficial que lhe faça as vezes (Código Civil, art. 1.894). Esse testamento poderá ser apresentado aberto ou fechado, competindo ao auditor ou oficial redigir no instrumento nota do lugar, do dia, do mês e do ano em que foi apresentado, após o que será assinado por ele e pelas testemunhas (Código Civil, Parágrafo único do art. 1.894).

Caso não saiba ou esteja impossibilitado de escrevê-lo, seu testamento poderá ser redigido pelo oficial de saúde ou pelo diretor do estabelecimento hospitalar onde se encontre, pelo comandante do destacamento em que o testador esteja alocado e, sendo este o oficial mais graduado, por seu substituto (Código Civil, §§ do art. 1.893). Se puder e souber assinar, o testador deverá assiná-lo na presença de duas testemunhas. Não sabendo ou não podendo, serão três as testemunhas, uma delas assinando por ele (Código Civil, art. 1.893).

O testamento militar foi concebido para utilização em circunstâncias nas quais não seja possível o acesso a um tabelião de notas, em virtude de estarem os interessados em campanha, em praça sitiada ou em local incomunicável. Essa excepcionalidade determina que, se o testador não falecer nos 90 dias seguidos em que se encontre em lugar no qual possa testar de forma ordinária, resolve-se o testamento pela caducidade. Não caduca, no entanto, o testamento militar redigido e assinado pelo próprio testador, apresentado aberto ou cerrado ao auditor, na presença de duas testemunhas (Código Civil, art. 1.895).

Por fim, consigne-se a subsistência, em nosso ordenamento, do testamento nuncupativo, apenas permitido quando os legitimados a testarem na forma especial militar estejam empenhados em combate ou feridos. Nesse caso, permite a lei que se façam suas disposições de última vontade de viva voz, declarando-as a duas testemunhas (Código Civil, art. 1.896). Haja vista a excepcionalíssima hipótese em que é autorizado, o testamento nuncupativo caduca se o testador não morrer em combate ou convalescer do ferimento (Código Civil, Parágrafo único do art. 1.896).

VI – Codicilo:

O menos formal dos instrumentos de declaração de última vontade, codicilo, ou pequeno codex, é aquele consistente em um escrito particular, datado e assinado, por meio do qual se permite fazer disposições especiais sobre o seu enterro, esmolas de pouca monta, móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de uso pessoal, nomeação e substituição de testamenteiros (Código Civil, arts. 1.881 e 1.883).

Consideradas as limitações ao seu objeto, dispensa-se qualquer solenidade ínsita aos testamentos para que alcance a validade, como a presença de testemunhas e sua leitura, bastando que assuma a forma escrita, e que seja feito, datado e assinado pelo disponente. Admite-se, contudo, além da forma hológrafa, a fechada, apenas se impondo seja aberto o codicilo segundo as regras vigentes para o testamento cerrado (Código Civil, arts. 1.885 e 1.875). Reste bem claro, o codicilo fechado apenas difere do aberto em razão das regras procedimentais a serem observadas na sua abertura, não se lhe aplicando as solenidades próprias ao testamento cerrado, acima mencionadas.

Tendo em vista a necessidade de ser escrito pelo próprio disponente, a via do codicilo se encontra fechada àqueles que não saibam ou não possam escrever, e, desde que o saibam e o façam pessoalmente, nenhum empecilho se eleva aos portadores de necessidades especiais.

3. Da exequibilidade do testamento no Brasil

Como negócio jurídico *mortis causa*, os efeitos do testamento somente se verificam após o falecimento do testador. Até então, restam adormecidas as disposições de última vontade nele consubstanciadas, podendo, inclusive, serem por outras revogadas, não repercutindo na esfera jurídica de seus beneficiários enquanto viver o testador.

Por essa razão, há mesmo quem defenda uma relativização da publicidade dos testamentos públicos e cerrados durante a sobrevida do seu autor. Para estes, a divulgação dos termos da deixa pública ou da existência da carta sigilar, antes que desencarne o disponente, além de inútil, teria o potencial de semear a discórdia entre os sucessores, expor fatos que, quis o testador, só fossem conhecidos após sua morte e, em um exemplo extremo, colocar em risco sua vida. Parece ter sido essa a diretriz seguida pelo Conselho Nacional de Justiça ao editar o Provimento nº 18, de 12 de novembro de 2012, quando limita a informação acerca da existência de testamento de pessoa viva às requisições judiciais ou do Ministério Público e ao requerimento do próprio testador (Provimento CNJ nº 18/2012, art. 5º).

Contudo, não basta o falecimento do testador para que esses efeitos se verifiquem na exequibilidade do testamento, ao menos no que diz respeito às disposições patrimoniais. Quanto às não patrimoniais, sobretudo as de perfilhação, uma vez conhecidas, podem gerar as repercussões jurídicas que lhe são próprias, ressalvada a sua anulação por vício de vontade. Mas as patrimoniais devem, ainda, passar pelo escrutínio do Poder Judiciário, antes de desflorarem no mundo jurídico, momento em que será examinada a observância das normas que disciplinam os aspectos formais de sua instrumentalização.

Fala-se, assim, nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária de registro e cumprimento dos testamentos públicos (Código de Processo Civil, art. 1.128), abertura, registro e cumprimento dos testamentos cerrados (Código de Processo Civil, arts. 1.125 a 1.127) e de confirmação, registro e cumprimento dos testamentos particulares, especiais e codicilos (arts 1.130 a 1.134 do Código de Processo Civil, e 1.877 e 1.878 do Código Civil).

Frise-se, desde logo, não são os procedimentos especiais elencados a via

adequada à apreciação dos aspectos materiais do testamento. Nesses módulos processuais, apenas se verificam os elementos extrínsecos do ato.[9] As questões referentes aos sujeitos do testamento – como a capacidade para testar, liberdade de vontade e legitimidade para suceder – e ao seu objeto – tais quais as limitações impostas pela legítima e as disposições testamentárias – devem ser debatidas em ação própria, movida pelos interessados, visando ao reconhecimento da invalidade, no todo ou em parte, do testamento, ou à redução das disposições testamentárias.

Não se quer, contudo, dizer com isso que os aspectos formais do testamento não possam ser impugnados nessas ações próprias. Realizando-se aqueles procedimentos especiais em sede de jurisdição voluntária, a decisão acerca da validade formal dos testamentos não é coberta pelo manto da coisa julgada (Código de Processo Civil, art. 1.111), podendo sim ser questionada posteriormente.[10]

3.1 Do registro e do cumprimento do testamento público

Tratando-se da mais solene forma de deixa, e, portanto, a que confere maior segurança jurídica quanto ao cumprimento de suas formalidades extrínsecas, à autenticidade de sua autoria e à veracidade das disposições nele contidas, o testamento público é o que menos preocupa na aferição judicial da observância de suas solenidades. A maior rigidez formal de sua instrumentalização é, após o falecimento do testador, compensada com uma menor complexidade do procedimento voltado à determinação de sua execução. Havendo sido lavrado perante profissional do direito investido em fé pública, a profilaxia inerente ao ato notarial permite que se determine rapidamente o seu cumprimento.

Assim sendo, qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão do testamento público, poderá requerer ao juízo competente que ordene a sua execução. Autuado o requerimento, será o feito concluso ao juiz, que designará audiência para sua leitura, na presença de quem o entregou. Na sequência, ouvido o parquet, e não havendo vício extrínseco que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, determinar-se-á o seu registro, arquivamento e cumprimento, intimando-se o testamenteiro para que firme compromisso e providencie o inventário (Código de Processo Civil, art. 1.978). Aparentando ter sido fraudado, apenas o seu registro e arquivamento em cartório será ordenado. Em qualquer caso, da sentença, caberá apelação, legitimando-se a recorrer ao Ministério Público o apresentante e terceiros prejudicados (Código de Processo Civil, art. 499).

Como dissemos antes, o rito é demasiadamente simples, não demandando maiores indagações jurídicas. Apenas reste consignado que, ao se falar em arquivamento e registro do testamento em cartório (Código de Processo Civil, Parágrafo único do art. 1.126), refere-se a lei à serventia judicial pela qual tramitou o feito. Pode parecer pueril a afirmação, mas tem sido comum o envio de mandados a serviços notariais, ordenando o registro de testamentos apresentados para obtenção do cumpra-se necessário à sua execução.

3.2 Da abertura, do registro e do cumprimento do testamento cerrado

Observada a gradação de solenidades com que obramos o estudo das formas testamentárias e seu reflexo na segurança jurídica que reveste o ato, tivemos a oportunidade de enunciar que o testamento cerrado ocupa uma posição intermediária quanto a esses atributos. A menor confiabilidade da cédula sigilar, derivada de sua facção privada e do sigilo de suas disposições, como não poderia deixar de ser, demanda agora uma maior complexidade na apuração da validade de seus elementos extrínsecos. Sendo reduzida a participação do tabelião notas a um mero ato de aprovação, maior também será a responsabilidade do magistrado incumbido de presidir o processo da abertura, do registro e do cumprimento do testamento cerrado, podendo não contar com a atividade profilática do delegatário na elaboração da cédula testamentária.

O testamento cerrado não tem suas disposições estampadas em livro notarial, razão pela qual cumpre ao seu detentor apresentá-lo em juízo após o falecimento do testador. Não se antecipando em fazê-lo, poderá o detentor do envelope com a cédula testamentária ser intimado a exibi-la, sob pena de busca e apreensão.

Recebido o testamento cerrado, será concluso ao juízo competente, que designará audiência para sua leitura, na presença de quem o entregou, lavrando em seguida o auto de abertura do seu invólucro, no qual consignará as condições em que este e a cédula testamentária se encontravam. Não podemos nos olvidar que a violação dos lacres e a dilaceração do envoltório do testamento cerrado podem implicar sua revogação (Código Civil, art. 1.972).

Ato contínuo, ouvido o Ministério Público, e não verificado vício formal que o torne suspeito de alguma fraude, será ordenado o seu registro, arquivamento e cumprimento por sentença, intimando-se o testamenteiro para que firme compromisso e providencie o inventário dos bens do de *cujus* (Código de Processo Civil, art. 1.978). Caso contrário, determinar-se-á apenas o seu registro e arquivamento em cartório. Da sentença caberá apelação, legitimando-se a recorrer ao Ministério Público o apresentante e terceiros prejudicados (Código de Processo Civil, art. 499).

3.3 Da confirmação, do registro e do cumprimento do testamento particular, dos testamentos especiais e do codicilo

Dos testamentos ordinários, é o particular que apresenta menor grau de segurança jurídica acerca de sua autoria, conteúdo e respeito às poucas solenidades previstas em lei. O relaxamento das formas na fase de sua elaboração, de maneira lógica, reflete no procedimento judicial voltado ao seu cumprimento, impondo maior complexidade para que se obtenha sua exequibilidade. Nessas circunstâncias, já que não há participação de um tabelião na instrumentalização da deixa, a responsabilidade do magistrado que dirige o processo é extremada ante a ausência de uma atividade profilática anterior que lhe dê respaldo.

A publicação do testamento particular se dá a requerimento do testador ou de qualquer legatário ou herdeiro que detenha o testamento. Estes devem apresentar o requerimento de publicação devidamente instruído com a cédula testamentária. Tal qual o testamento cerrado, o particular não ganha publicidade com sua inserção em notas de tabelião. O hológrafo, diga-se de passagem, nem quanto à sua existência encontra assento em livro notarial. Assim, embora cumpra ao seu detentor apresentá-lo em juízo após o falecimento do

[9] MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 490. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 3, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p 280.
[10] MONTENEGRO FILHO, *op. cit., loc. cit*.

testador, se de má-fé não o fizer, sua intimação para a exibi-lo, sob pena de busca e apreensão, pode não ser uma solução eficaz para essa complicação. Note-se, aqui, mais um aspecto da fragilidade com que se revestem as disposições de última vontade estampadas em testamento particular.

Conclusos os autos, será designada audiência para inquirição das testemunhas do ato, intimando-se para comparecer à sessão de confirmação os herdeiros legítimos, os beneficiários do testamento que não tiverem requerido a publicação, o testamenteiro e o Ministério Público.

Após a oitiva das testemunhas, serão os interessados intimados para se manifestar no prazo de 5 dias, oportunidade em que poderão chamar a atenção do magistrado para vícios formais que denotem nulidade ou fraude da cédula particular. Qualquer questão que envolva aspectos materiais do testamento deverá ser remetida às vias próprias, não sendo o procedimento de confirmação, o registro e o cumprimento do testamento particular o meio adequado a essa discussão.

Na sequência, recebida manifestação do *parquet*, se ao menos três das testemunhas do testamento forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, ter-se-á por confirmada a autenticidade do testamento (Código Civil, art. 1.878). Na falta de testemunhas, mortas ou ausentes, fica a critério do juiz confirmar o testamento particular, desde que ao menos uma compareça e ateste com firmeza a autenticidade da cédula testamentária hológrafa (Código Civil, Parágrafo único do art. 1.878). Lembremo-nos, ainda, de que, ante circunstâncias excepcionais declaradas expressamente na cédula, o testamento particular instrumentalizado sem a presença de testemunhas pode ser confirmado, a critério do juiz (Código Civil, art. 1.879).

Em qualquer caso, confirmada a autoria do testamento particular e não se verificando vício formal que o torne suspeito de nulidade ou fraude, será ordenado o seu registro, arquivamento e cumprimento por sentença recorrível, intimando-se o testamenteiro para que firme compromisso e providencie o inventário dos bens do *de cujus* (Código de Processo Civil, art. 1.978). Caso contrário, será determinado apenas o seu registro e arquivamento em cartório, em sentença também apelável, legitimando-se a recorrer ao Ministério Público o apresentante e terceiros prejudicados (Código de Processo Civil, art. 499).

A mesma sistemática deve ser observada quando se tratar de testamentos especiais e codicilos.

3.4 Da instrumentalidade das formas do testamento no exame judicial de seus elementos extrínsecos

As formalidades observadas no testamento, já tivemos a oportunidade de destacar, visam a afiançar a autoria e o conteúdo das disposições de última vontade, garantindo-lhes uma presunção de veracidade imprescindível à sua validade e eficácia. Considerando não ser possível ao testador, após a abertura da sucessão, assegurar seu querer sucessório,[11] assumem as solenidades testamentárias essa função, servindo de instrumento de tutela da vontade do de cujus. Na ausência das formas, fragilizam-se as disposições, impondo-se grande risco de que a real intenção do testador não seja observada, em virtude de nulidades e fraudes que possam ocorrer, seja na realização do testamento, seja por sua adulteração.

Sob esses auspícios, não é absurdo dizer que, embora suprimida algum ato do rito testamentário, mas desde que se possa aferir inequivocamente a vontade do testador, deve esta prevalecer sobre a forma. O rito não representa um fim em si mesmo, mas um instrumento de segurança jurídica. Se essa é alcançada de outra maneira, deve-se salvaguardar as declarações de última vontade do testador. O sistema de nulidades testamentárias apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de ensejar dúvida acerca da própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que há muito é reconhecido por nossos tribunais superiores[12] e aplaudido pela doutrina.[13]

A nossa jurisprudência é pródiga em exemplos. Desde que atestada inequivocamente a autoria do testamento, reconhece-se sua validade: embora o testador não tenha assinado o termo de aprovação do testamento cerrado (REsp 223.799/SP, relator ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, publicado no DJ de 17/12/1999, p. 379); mesmo que o testamento particular tenha sido digitado por uma das testemunhas (REsp 701.917/SP, relator ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, publicado no DJe de 1º/3/2010); sem embargos de não ter sido o testamento lido na presença das testemunhas (REsp 828.616/MG, relator ministro CASTRO FILHO, publicado no DJ de 23/10/2006, p. 313); não obstante tenha sido o testamento particular escrito por terceira pessoa, sob ditado do testador (REsp 89.995/RS, relator ministro WALDEMAR ZVEITER, publicado no DJ de 26/5/1997, p. 22.530 e REsp 21.026/RJ, relator ministro EDUARDO RIBEIRO, publicado no DJ de 30/5/1994, p. 13.480); Ainda que a leitura do testamento não tenha sido feita a um só tempo perante as testemunhas (REsp 1.422/RS, relator ministro GUEIROS LEITE, publicado no DJ de 4/3/1991, p. 1.983); mesmo que o testamento público tenha sido

[11] "A nulidade dos atos jurídicos de intercâmbio ou *inter vivos* é, praticamente, reparável: fazem-se outros, com as formalidades legais, ou se intentam ações que compensem o prejuízo, como a ação de *in rem verso*. Não se dá o mesmo com as declarações de última vontade: nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas, pois morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. LVIII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, § 5.849, p. 283).
No STF, é paradigmática a ementa do AI 24.156, relator ministro AFRÂNIO COSTA, julgado em 3/7/1961: "Testamento: A vontade do testador deve ser observada, somente se justificando a anulação do testamento quando formalidades substanciosas preteridas podem por em dúvida a validade do mesmo testamento".

[12] No STJ, em conformidade com o que vai no texto, ver REsp 147.959/SP, relator ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, publicado no DJ de 19/3/2001, p. 111; AgRg no Ag 570.748/SC, relator ministro CASTRO FILHO, publicado no DJ de 4/6/2007, p. 340; REsp 1001.674/SC, relator ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, publicado no DJe de 15/10/2010; REsp 753.261/SP, relator ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, publicado no DJe de 5/4/2011. REsp 302.767/PR, relator ministro CESAR ASFOR ROCHA, publicado no DJ de 24/9/2001, p. 313. A ementa do último merece ser transcrita: "Civil. Sucessão. Testamento. Formalidades. Extensão. O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade. Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam – razão mesma de ser do testamento –, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos. Recurso não conhecido".

[13] Por todos, TARTUCE, Flávio. *Op. Cit*.

Foto: Cesar Duarte

lavrado pelo tabelião, sob a égide do Código Beviláqua, a partir de minuta apresentada pelo testador (RE 56.359/ RS, relator ministro ALIOMAR BALEEIRO, publicado no DJ de 1º/12/1967); embora a pessoa que assinou a rogo do testador não tenha acompanhado a leitura do testamento (RE 70.540/GB, relator ministro AMARAL SANTOS, publicado no DJ de 3/9/1971, p. 4.607).

4. Das formas de ingresso da última vontade formalizada no estrangeiro

É comum que os ordenamentos jurídicos disciplinem sua competência internacional, fixando jurisdição exclusiva para proceder ao inventário e à partilha de bens localizados em seu território (Código de Processo Civil, art. 89, inc. II). Não há regra semelhante para a feitura de testamentos, razão pela qual admite-se que disposições de última vontade instrumentalizadas no estrangeiro versem sobre bens situados no interior de suas fronteiras. Em hipóteses tais, testamentos realizados no exterior deverão ingressar no processo de inventário, substituindo, no todo ou em parte, as disposições legais acerca da sucessão.

Nesse contexto, surge a problemática relativa às normas de direito material a serem observadas no procedimento especial de jurisdição voluntária voltado a escrutinar a validade de suas formas. Também as normas relativas aos requisitos materiais de validade do testamento são, naturalmente, diversas entre os ordenamentos jurídicos. As regras a respeito da capacidade e da vontade do agente, da legitimação para suceder e dos limites à testamentaria podem não coincidir quando comparadas, mais uma vez fazendo surgir dúvida a respeito do direito a ser considerado.

Mas antes de adentrarmos a esses meandros, convém estabelecer as formas pelas quais pode o testamento estrangeiro ingressar no ordenamento pátrio, a fim de produzir seus efeitos no processo de inventário dos bens aqui localizados.

4.1 Do ingresso documental

Não há necessidade de intervenção judicial estrangeira determinando o cumprimento do testamento realizado em seu território. Qualquer documento instrumentalizado no exterior pode, respeitadas algumas formalidades, produzir efeitos no Brasil. Mas, em se tratando de testamento, além dessas formalidades, impõe-se, ainda, que seja submetido a procedimento judicial de escrutínio de suas formas, no qual deverá será aberto – se vier cerrado –, confirmado, registrado e arquivado, obtendo-se o cumpra-se necessário à sua execução.

Deixe-se desde logo consignado que, quanto aos testamentos lavrados ou aprovados nas repartições consulares brasileiras no exterior, não há qualquer peculiaridade que os diferencie daqueles lavrados ou aprovados no Brasil. Em outras palavras, o Estado brasileiro delegou função notarial ao titular do serviço consular, fazendo ele as vezes do tabelião ao exercer este *mister* (Decreto nº 84.451/1984 e item 4.9.4 do Manual do Serviço Consular e Jurídico), de forma que são públicos ou cerrados os testamentos em seus livros respectivamente lavrados ou aprovados. Já os demais testamentos, quais sejam, os lavrados ou aprovados junto a autoridades às quais a lei estrangeira determinou fossem formalizados, e aqueles instrumentalizados pelo próprio testador no exterior, sem intervenção de qualquer autoridade pública, serão todos tidos por particulares aos olhos do ordenamento jurídico nacional.

Por esta razão, não aludimos, nesse ponto, ao procedimento especial de jurisdição voluntária voltado ao registro, arquivamento e cumprimento de testamentos públicos. Se foi realizado junto ao consulado brasileiro no exterior, será público ou cerrado, tanto quanto o lavrado ou aprovado perante tabelião no Brasil, aplicando-se-lhe as normas processuais relativas à obtenção da sua exequibilidade, acima estudadas (Código de Processo Civil, arts. 1.125 a 1.128). Caso contrário, serão todos considerados testamentos particulares, os quais ingressarão no processo de inventário realizado no Brasil após sua eventual abertura, confirmação, registro e arquivamento, observadas as normas a estes relativas (arts 1.130 a 1.134 do Código de Processo Civil, e 1.877 e 1.878 do Código Civil) .

Mas, como adiantamos no início, em regra, os documentos de procedência estrangeira, para produzirem efeitos no Brasil, devem passar por algumas formalidades, conhecidas por legalização, tradução e registro.

A legalização, do documento produzido no exterior, imperativa para que ganhe fé perante terceiros no Brasil (*Manual do Serviço Consular e Jurídico*, item 4.1.11), consiste em sua notarização e consularização. Compreende a primeira etapa o reconhecimento da firma do signatário do documento, por um notário estrangeiro ou autoridade competente, nos termos da lei local. Após a notarização, aperfeiçoa-se a legalização do documento com sua consularização, por meio da qual o serviço consular reconhece a assinatura do notário estrangeiro ou autoridade que confirmou a autoria da assinatura do documento a ser legalizado (*Manual do Serviço Consular e Jurídico*, item 4.7.1), tal qual um reconhecimento de sinal público.

O Brasil possui acordos bilaterais com alguns países, dispensando a legalização consular de documentos públicos originados em um desses Estados, ou os trâmites de legalização. Com a Itália, o "Tratado relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil", promulgado pelo Decreto nº 1.476, de 2/5/1995, estabeleceu a isenção de legalização dos documentos utilizados para fins de cooperação judiciária entre os dois países. Com a França, o "Acordo de Cooperação em Matéria Civil", promulgado pelo Decreto nº 3.598, de 12/9/2000, dispensa a legalização consular em documentos públicos emitidos em ambos os países para terem validade no território do outro, tais quais os expedidos

por autoridades públicas francesas, ou que contenham o reconhecimento de firma do signatário efetuado por notário público ou autoridade francesa competente, apenas ressalvando-se os documentos de empresas francesas que tenham interesse em participar de Licitações Internacionais no Brasil. Com a Argentina, o acordo, por troca de notas, sobre "Simplificação de Legalizações em Documentos Públicos", de 16/10/2003, publicado no DOU de 23/4/2004, estabeleceu que os documentos públicos originados em ambos os países, para terem validade no território do outro, devem ser legalizados apenas pelos respectivos Ministérios das Relações Exteriores, não havendo necessidade de serem submetidos à legalização consular. Com a Espanha, o "Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil", promulgado pelo Decreto nº 166, de 3/7/1999, estabelece que sentenças e documentos com força executiva, formalizados perante autoridade de um dos Estados, têm validade e eficácia perante o outro.

Há, também, notícia de dois acordos multilaterais nesse sentido, dos quais o Brasil é signatário. Com Chile e Uruguai, existe o "Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa", promulgado pelo Decreto nº 2.067, de 12/11/1996. Já entre os Estados Partes do Mercosul, República da Bolívia e República do Chile, há o "Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa", promulgado pelo Decreto nº 6.891, de 2/7/2009. Nos termos deste último, os documentos emanados de autoridades jurisdicionais ou outras autoridades de um dos Estados Partes, assim como as escrituras públicas e os documentos que certifiquem a validade, a data e a veracidade da assinatura ou a conformidade com o original e que sejam transmitidos por intermédio de autoridade central, ficam isentos de legalização, certificação ou formalidade análoga quando devam ser apresentadas no território do outro Estado Parte.

Feitas essas ressalvas, não obstante a regra de que todos os documentos originados do exterior, para produzir efeitos no Brasil, devam ser legalizados (*Manual do Serviço Consular e Jurídico*, item 4.1.11), duas questões se levantam quando o documento de que se trata é um testamento. A primeira, referente ao testamento feito no exterior, em forma que corresponda à cerrada. Não sendo o caso de se liberar sua legalização, como proceder a ela, quando se sabe que a abertura do invólucro deve ser feita em juízo, sob pena de revogação da deixa? O mais conveniente, parece-nos, deva ser sua abertura perante a autoridade judiciária estrangeira. Mas não enxergamos maiores problemas na legalização do termo de aprovação lavrado perante a autoridade competente para tanto.

A segunda questão diz respeito à legalização de testamentos particulares. Considerando sua natureza personalíssima, seria necessária a intervenção notarial e consular, reconhecendo a firma do testador? Embora não se vislumbre qualquer nulidade que daí decorra, muito pelo contrário, fortalecendo-se com a legalização a presunção da autoria do documento, as instruções normativas do serviço consular brasileiro dispõem ser dispensada qualquer intervenção (*Manual do Serviço Consular e Jurídico*, item 4.9.16, *in fine*).

Além de sua legalização, deve o documento estrangeiro ser traduzido para o vernáculo, sem o que não produz efeitos no Brasil (Código Civil, art. 224). Desnecessário dizer que, se sua elaboração observou a língua portuguesa, a providência se torna despicienda. No mais, destinando-se o documento produzido no exterior à instrução de processo no Brasil, a tradução deve ser assinada por tradutor público juramentado (Código de Processo Civil, art. 157), sendo este o caso do testamento estrangeiro.

Por fim, todos os documentos de procedência estrangeira, devidamente legalizados e acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal, devem ser registrados no Serviço de Registro de Títulos e Documentos (Lei nº 6.015/1973, art. 129, item 6º). Atente-se, no entanto, para a exceção prevista na súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, para produzir efeito em juízo, não é necessário o registro de documentos de procedência estrangeira, desde que autenticados por via consular (Enunciado nº 259 da Súmula do STF), preceito que se também aplica ao testamento estrangeiro.

4.2 Ingresso judicial

Não obstante seja desnecessária intervenção judicial estrangeira, determinando o cumprimento do testamento em seu território realizado, não há vedação legal, por parte do direito brasileiro, à providência, mesmo que a deixa recaia sobre bens aqui situados. Muito pelo contrário, a jurisdição estrangeira sobre a hipótese é reconhecida pelo nosso ordenamento, ao se estabelecer competência internacional concorrente quando no Brasil tiver de se cumprir uma obrigação (Código de Processo Civil, art. 88, inc. II).

De certo, não poderá a decisão estrangeira recair sobre o inventário e a partilha dos bens localizados no Brasil, sob pena de violação da competência internacional exclusiva da autoridade judiciária brasileira para conhecer e julgar esses casos (Código de Processo Civil, art. 89, inc. II). Mas, tratando-se de decisão estrangeira que se limite a atestar a regularidade formal do testamento, à semelhança do que dispõe o direito pátrio, ao regular os procedimentos especiais de jurisdição voluntária voltados ao escrutínio das solenidades testamentárias, não haveria maiores problemas, bastando que fossem homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça (Constituição da República, art. 105, inc. I, i).[14]

[14] Nesse sentido, o decidido pelo STF nos SE 2.315/EU, relator ministro THOMPSON FLORES, publicado no DJ de 7/6/1977, p. 3.787; SE 2.316/EU, relator ministro THOMPSON FLORES, publicado no DJ de 6/6/1977, p. 20; SE 2.738/EU, relator ministro ANTÔNIO NEDER, publicado no DJ de 19/2/1981, p. 976, do qual vale transcrever a presente passagem: "Já ficou *quantum satis* demonstrado nos autos que a requerente deseja recolher uma herança de pessoa falecida em São Paulo, em razão das disposições testamentárias confirmadas pela sentença estrangeira homologanda, o que é bastante para justificar, senão impor, o juízo da homologação, segundo a lição transcrita do notável mestre mineiro. Por outro lado, não parece razoável que, em virtude da homologação do Supremo Tribunal, o julgado estrangeiro possa ter, em nosso País, maior força do que teria uma sentença nacional proferida em causa idêntica. [...] Entre nós, o juiz só nega o 'cumpra-se' diante de vícios extrínsecos que tornem o testamento suspeito de nulidade ou de falsidade, mas a inexistência de tais defeitos extrínsecos não leva, só por si, à plena execução da vontade do testador. [...] Não sendo razoável que o Supremo Tribunal atribua ao julgado estrangeiro efeito mais amplo do que teria em nosso País uma sentença nacional análoga, opina esta Curadoria pela homologação, desde que fique ressalvado ao juízo do inventário ou às vias ordinárias o exame pleno de eventuais questões sobre a validade intrínseca das disposições testamentárias".
Mais recentemente, o entendimento foi aplicado pelo STJ na SE 5.647, relator ministro ARI PARGENDLER, publicado no DEJe de 16/5/2011 e na SEC 1.304/US, relator ministro GILSON DIPP, publicado no DJe 3/3/2008, de cuja ementa se lê: "Na hipótese dos autos, não há que se falar em ofensa ao art. 89 do Código de Processo Civil, tampouco ao art. 12, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, posto que os bens situados no Brasil tiveram a sua transmissão ao primeiro requerente prevista no testamento deixado por Thomas B. Honsen e confirmada pela sentença homologanda, a qual tão somente ratificou a vontade última do testador, bem como a dos ora requeridos, o que ficou claramente evidenciado em razão da não impugnação ao decisum alienígena".
Mas o STJ, ao nosso ver logrando em grave equívoco, também já entendeu que tais decisões estrangeiras, acerca da validade de testamentos, violam a competência internacional exclusiva da autoridade judiciária brasileira: SEC 1032/GB, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, julgada em 19/12/2007, SEC 3.532/EX, relator ministro CASTRO MEIRA, publicada no DJe de 1º/8/2011.

Afinal, tratando-se de ato pelo qual outro Estado manifesta sua soberania, o produto da jurisdição estrangeira não pode produzir efeitos no Brasil antes da verificação de sua compatibilidade com a ordem interna (Código de Processo Civil, art. 483). Assim, impõe-se o processo de homologação de sentença estrangeira, competindo ao Superior Tribunal de Justiça exercer um juízo de delibação[15] sobre a decisão judicial proferida por outro Estado-juiz.

Quer-se dizer com isso que, ao apreciar o pedido, não deverá o Superior Tribunal de Justiça adentrar no mérito da decisão alienígena, como que julgando novamente a demanda original. Deve apenas, e tão somente, verificar sua regularidade quanto à sua forma, autenticidade, competência e respeito à ordem pública e aos bons costumes.[16] Estando presentes os requisitos necessários para a homologação, atesta-se a regularidade da sentença estrangeira, julgando procedente o pedido. Caso contrário, julga-se o pedido improcedente.

Tais requisitos vêm enumerados no principal estatuto pátrio de Direito internacional Privado do Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Em seus termos, a exequibilidade da sentença estrangeira no Brasil depende de ter sido ela proferida por juiz competente; terem sido as partes citadas; ter a decisão passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; e estar traduzida por intérprete autorizado (LINDB, art. 15). Além desses requisitos de ordem formal, deve-se tangenciar o mérito do julgado alienígena para verificar se há alguma ofensa à soberania brasileira, à ordem pública e aos bons costumes (LINDB, art. 17). Nenhuma outra incursão pode ser imposta à decisão homologanda.

Quanto à competência do juízo estrangeiro para aprovar o testamento realizado no exterior, prevalece entre nós a ideia de que não há violação à competência internacional exclusiva da autoridade judicial brasileira.[17] Mas deve se atentar para eventual determinação do juízo alienígena sobre o inventário e a partilha de bens aqui localizados. Não se limitando a simplesmente ratificar as últimas vontades do testador, a sentença estrangeira não poderá ser homologada por violar o âmbito de aplicação exclusiva da jurisdição nacional (Código de Processo Civil, art. 89, inc. II).

Considerando as características conferidas pelo direito brasileiro ao procedimento de investigação formal dos testamentos, aqui realizado por nossos juízes, não haveria necessidade de citação das partes, considerando tratar-se de procedimento de jurisdição voluntária. Versando sobre testamentos particulares, especiais, ou codicilos e sempre nos pautando em uma eventual coincidência entre as normas pátrias e as do direito estrangeiro, apenas seria necessária a intimação dos interessados para acompanharem sua confirmação.

Acerca de eventuais ofensas à soberania brasileira, à ordem pública e aos bons costumes, materializadas na sentença homologanda, o mais comum exemplo é o que consiste na verificação de que esta ratificou testamento conjuntivo. Esta forma de testar, mesmo que autorizada pela legislação do local em que tenha sido formalizada a deixa, não tem sido admitida nos países que não os reconhecem, por ofensa à ordem pública interna.[18]

5. Do cumprimento do testamento estrangeiro no Brasil

Permitido o ingresso, no Brasil, de testamentos formalizados além de suas fronteiras, surge, como adiantado nas linhas acima, a interessante questão acerca das normas a serem observadas na investigação judicial da validade de sua forma e conteúdo.

No âmbito do Direito Internacional Privado, são diversas as soluções que podem ser dadas a problemas dessa natureza. Assim, fala-se em *lex loci*, para designar, como a norma reguladora, a lei do local onde algo se encontra; no adágio *locus regit actum*, para indicar o país em que o ato foi praticado; em lex causae, de forma a dar primazia à lei que rege o processo; em lei nacional, respeitante à norma vigente no país de nacionalidade de alguém; em *Lex domicilii*, como aquela vigente em seu domicílio, dentre outras.

Exemplificando o que acaba de ser dito, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro elegeu a *Lex domicilii* para regular o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família (LINDB, art. 7º), o regime de bens (LINDB, § 4º do art. 7º), a sucessão por morte ou ausência (LINDB, art. 10º) e a capacidade para suceder (LINDB, § 2º do art. 10º). Já para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, elegeu o parâmetro da *lex loci* (LINDB, art. 8º) e, na regulamentação das obrigações, a regra *locus regit actum* (LINDB, art. 9º).

5.1 Aspectos materiais da exequibilidade do testamento estrangeiro no Brasil

Sobre o direito sucessório, de objetivo, temos apenas que se deve obediência à lei do país em que for domiciliado o defunto ou o desaparecido, salvo se, quanto aos bens situados no país, a lei brasileira for mais favorável ao seu cônjuge ou filhos brasileiros (LINDB, art. 10 e § 1º), e que a capacidade para suceder é regulada pela lei vigente no domicílio do herdeiro ou legatário (LINDB, § 2º do art. 10). Nada mais.

Quanto aos aspectos materiais da sucessão testamentária, portanto, existe um norte: as normas que determinam a capacidade para testar e a liberdade da vontade do testador serão as de seu domicílio; a *lex domicilii* também disciplinará o conteúdo do testamento e as limitações à testamentaria, salvo se a lei brasileira for mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros do testador; por fim, a legitimidade para suceder será regulada pela lei do domicílio dos beneficiários do testamento. Em qualquer caso, não se pode olvidar, embora em conformidade com o direito do local indicado na lei, que essas questões de direito material, quando consubstanciam situações contrárias à ordem pública e aos bons costumes, não podem ter guarida no ordenamento pátrio (LINDB, art. 17).

Sem intenção de esgotar os pontos de divergência a respeito do tema, entre a nossa, e as ordens jurídicas portuguesa e espanhola, note-se que, segundo o Direito Civil lusitano, são incapazes de testar os menores não emancipados e os interditados (Código Civil Português, art. 2.189º). Considerando que a lei portuguesa considera capazes os maiores de 18 anos (Código Civil

[15] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, p. 625.
[16] Idem, ibidem.
[17] Ver notas anteriores.
[18] Nesse sentido, RE 68.157/GB, relator ministro Luiz Gallotti, julgado em 18/4/1972.

Português, art. 122º) e somente permite a emancipação pelo casamento (Código Civil Português, art. 132º), será nulo o testamento de pessoa domiciliada em terras lusitanas se não forem observados esses preceitos.

Por sua vez, o direito espanhol prevê capacidade para testar aos maiores de 15 anos (Código Civil Espanhol, art. 663, 1). *Quid iures* se testamento de pessoa domiciliada na Espanha, com nessa idade, tiver de ser executado no Brasil? A princípio, dever-se-ia considerar válido o ato, nos termos das normas de Direito Internacional invocadas. Mas, ao nosso sentir, embora respeitado o aspecto material da capacidade para testar segundo a *Lex domicilii*, parece-nos ofensiva à ordem pública interna a previsão da lei espanhola.

Outro ponto de divergência entre os sistemas jurídicos brasileiro e os da península ibérica – este referente à legitimação para suceder – é o que determina o impedimento do sacerdote que tomou a confissão do testador durante sua última enfermidade (Código Civil Espanhol, art. 752, e art. 2.194º do Código Civil Português), bem como do médico que a tratou, se o testador veio a falecer desta moléstia (Código Civil Português, art. 2.194º). Bastando que o testador seja domiciliado em um desses países, qualquer deixa a estas pessoas será tida por inválida no Brasil.

Também o cálculo da legítima nesses países é diverso do praticado no Brasil. Enquanto o direito pátrio impõe a reserva sobre metade do patrimônio do *de cujus* (Código Civil, art. 1.846), a lei portuguesa prevê hipóteses em que esta pode chegar a dois terços desse patrimônio. É o que se verifica quando concorrem à herança cônjuge e descendentes, mais de um descendente (Código Civil Português, art. 2.159º) ou cônjuge e ascendentes (Código Civil Português, art. 2.161º). O mesmo se verifica no direito ibérico, o qual determina a reserva de dois terços da herança em favor dos filhos ou descendentes do de cujus (Código Civil Espanhol, art. 808). Nesse sentido, devem ser reduzidas as disposições da deixa formalizada por pessoa domiciliada naqueles países que, em tais termos, forem inoficiosas.

5.2 Aspectos formais da exequibilidade do testamento estrangeiro no Brasil

Diferentemente da normatização do Direito Internacional Privado vigente na Espanha e em Portugal (Código Civil Português, art. 65º, e art. 11 do Código Civil Espanhol), o brasileiro não disciplinou que aspectos formais devem ser observados para conferir-se regularidade aos testamentos instrumentalizados no exterior. Daí a dúvida acerca de que lei observar.

A convenção de Haya sobre formas de testamento, de 1960, da qual o Brasil não é signatário, admitiu a validade da deixa se observada, em sua forma: a lei vigente no local em que o ato foi instrumentalizado; a lei nacional do *de cujus*; a lei do domicílio do seu domicilio ou de sua residência habitual; e a lei aplicável no lugar onde se situam os imóveis. Em quaisquer destas que se enquadrassem as solenidades observadas na facção do testamento, ter-se-ia por respeitada sua forma (art. 9º).

Por sua vez, a Convenção Relativa à Lei Uniforme Sobre a Forma de um Testamento Internacional, concluída em 1973, na cidade de Washington, determinou que um testamento terá validade, independentemente do lugar em que foi feito, da localização dos bens e da nacionalidade, domicílio ou residência do testador, se elaborado de acordo com suas normas (art. 1º). Mas o Brasil, ao contrário de Portugal, que a ela aderiu, nos termos do Decreto nº 252/1975, não a assinou.

A tendência mais moderna, portanto, é que procura sempre salvaguardar das disposições de vontade do testador. Não obstante, na ausência de norma específica, é comum a invocação do princípio *locus regit actum* para dirimir esse tipo de conflito. Considerando-se o histórico de aplicabilidade dessa solução no direito brasileiro, no qual vigeu, em termos de direito positivo, por quase três séculos e meio,[19] defende-se sua subsistência como costume.[20] E essa tem sido a tônica, desde que se tem notícia do ingresso da questão em nossos tribunais.[21] Nesses termos, firmado o testamento no estrangeiro, mas em consonância com as leis e práticas do local onde ganhou corpo, poderá vir a ser executado no Brasil.

Tome-se, por exemplo, um testamento hológrafo instrumentalizado em Portugal. Haja vista não haver previsão dessa forma de disposição de última vontade no direito português (Código Civil Português, art. 2.204º), mesmo que a lei brasileira a permita, não poderia ser confirmado por nossos tribunais. O mesmo se diga a respeito do testamento aeronáutico assinado na Espanha (Código Civil Espanhol, art. 677).

A despeito da forma, é quanto às solenidades do testamento que mais deve se preocupar o magistrado na presidência do procedimento de aprovação do testamento. Se é relativamente simples concluir pelos tipos de testamento de facção autorizada em um país, é de grande complexidade verificar se suas formalidades foram observadas, impondo-se o estudo mais aprofundado do direito aplicável à espécie.

Na Itália, como na Alemanha, na Suíça, na França, na Áustria, na Espanha, na Argentina e em alguns estados dos Estados Unidos da América, por exemplo, não se exigem testemunhas para o testamento particular. E não havendo testemunhas do ato, despicienda será também a sua leitura. Contudo, uma vez formalizado em um desses países, o testamento particular, mesmo sem observar importantes solenidades, a eles impostas pelo direito brasileiro, deverá ser considerado válido.[22]

Por fim, atente-se para o fato de que, também quanto ao procedimento de aprovação, arquivamento, registro e cumprimento de testamento estrangeiro, se deve observar o que se disse antes acerca da instrumentalidade das formas, na regulamentação do sistema de nulidades. Lembremo-nos de que, mesmo suprimida algum ato do rito testamentário, mas desde que se possa aferir inequivocamente a vontade do testador, deve esta prevalecer sobre a forma, uma vez que o rito não representa um fim em si mesmo, mas um instrumento de segurança jurídica do ato. ■

[19] Desde as Ordenações Filipinas, de 1595, até a revogação da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, em 1942.
[20] RE 68.157, relator ministro LUIZ GALLOTTI, julgado em 18/4/1972.
[21] Os mais antigos julgados encontrados, aplicando essa solução, foram o RE 47.163, relator ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, julgado em 16/4/1962 e o RE 58.152, relator ministro VICTOR NUNES, julgado em 10/5/1965.
[22] Resta ultrapassada, no Supremo Tribunal Federal, a ideia de que a questão referente à inexistência de testemunhas do testamento hológrafo realizado no exterior determina sua inexequibilidade no Brasil (RE 47.163, relator ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, julgado em 16/4/1962 e o RE 58.152, relator ministro VICTOR NUNES, julgado em 10/5/1965). Segundo os mais recentes julgados, a questão cinge-se às solenidades a serem observadas para a perfeição formal do testamento, aplicando-se-lhe o adágio locus regit actum (RE 68.157, relator ministro LUIZ GALLOTTI, julgado em 18/4/1972; TJRJ, Ap. 0085795-20.2010.8.19.0001, relator desembargador ANDRÉ RIBEIRO, julgado em 6/6/2012).

Foto: Cesar Duarte

Madalena Teixeira abordou as novas utilidades que o registro pode oferecer em termos de informação jurídica relativa aos bens que constituem o seu objeto

O âmbito do registo predial – novos desafios*

//Madalena Teixeira

Conservadora do Registo Predial e Vogal do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado, IP (IRN, IP).

* Artigo escrito em português de Portugal.

1. Introdução

Considerando o que tem sido o entendimento e a prática em torno do âmbito do registo predial; do que pode, ou deve, ser registado e do conceito de prédio que deve prevalecer para efeitos de descrição registal, parece-nos apropriado começar por lembrar as impressivas palavras de Orlando de Carvalho, de que "nenhum direito pode deveras subtrair-se ao *continuum reale* que ele é na sua essência"; de que

> nenhum direito ou ramo do direito admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação.

Em suma, "nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*".[1]

A questão que aqui colocamos em perspetiva radica justamente em saber que reinterpretações do escopo do registo podem ser ensaiadas perante uma realidade predial em movimento e fortemente influenciada, por exemplo, pelo direito e política dos solos; que novas utilidades pode o registo oferecer em termos de informação jurídica relativa aos bens que constituem o seu objeto.

Mais concretamente, lançamos aqui a questão de saber se, a par da função primordial de proteção de terceiros, interessará ou não que o registo predial possa cobrir certas realidades jurídicas atinentes ao seu objeto – o prédio –, com o intuito de as tornar patentes ou públicas para além do espectro subjetivo a que respeitam, ainda que a sua oponibilidade ocorra independentemente do registo; mesmo quando este nada acrescente à situação substantiva em causa, mas, ainda assim, possa afirmar-se como fonte privilegiada de informação capaz de incutir confiança naqueles que ordenam as suas relações de vida contando com os factos revelados pelo registo.

2. O princípio da tipicidade do registo

Consabidamente, no sistema de registo predial português vigora um princípio de tipicidade, que se afirma no reconhecimento da lei como única fonte de direito no que respeita ao elenco dos *factos registáveis*.

A viabilidade do registo depende de uma específica imposição legal que demande a inscrição ou o averbamento, não se bastando, por isso, com um qualquer critério de *utilidade*.

Como se afirma no acórdão do STJ 6/2004, de 14/7/2004,

> ser ou não registável um ato depende da vontade do legislador, quer ela seja vertida no CRP quer em lei avulsa. Não será pela natureza da situação a registar que devemos procurar da sua registabilidade. Há de ser pela interpretação da lei que impõe o registo que devemos dar resposta à questão.

Dizer isso não significa que a lei registal se feche em um elenco de factos jurídicos registáveis. Note-se bem que a lei registal não enumera *categorias* ou *tipos* de factos jurídicos sujeitos a registo, antes se limita a indicar direitos, ónus ou encargos, e vicissitudes respetivas, sobre que podem versar aqueles factos jurídicos.

Nessa perspetiva, a *tipicidade taxativa* do registo é reportada às situações jurídicas que, de acordo com a lei, podem ser objeto de publicidade registal, pelo que só de forma indireta atinge os factos que podem ser objeto da inscrição.

É também esta "leitura" da tipicidade do registo que se encontra no Parecer nº 36/2000 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República,[2] por meio do qual se observa que a tipificação não se reporta aos factos registáveis, mas aos direitos a que esses factos respeitam.

Dessa forma, quaisquer factos jurídicos estarão sujeitos a registo, seja qual for a sua origem, desde o negócio jurídico, típico ou atípico e trabalhado segundo o princípio da liberdade contratual, ao ato administrativo ou à decisão judicial, ponto é que sejam de molde a produzir os efeitos jurídicos ou as vicissitudes dos direitos reais e dos direitos inerentes previstos na lei.

É este o plano no nosso ordenamento jurídico que, assim parece, não deixa espaço para a analogia.[3]

3. O escopo do registo predial

Como não raras vezes tem sido sublinhado pela doutrina, a tipicidade do registo está ligada à própria tipicidade dos direitos reais, na medida em que ao registo predial têm interessado sobretudo os factos com eficácia real e o campo do direito privado.[4]

Ora, sem querer retirar ao legislador o exclusivo da ponderação acerca da registabilidade de cada situação jurídica abstratamente considerada, para seguir um critério de *utilidade* ou de *ponderação casuística*, carregado, porventura, de boas intenções, mas, naturalmente, imbuído de incerteza e de discricionariedade, perguntamos, ainda assim, se o paradigma registal deve continuar enquistado no campo do direito privado e em um transfundo de efeitos substantivos, ou se devem extrair-se do registo predial todas as suas potencialidades, encontrando nele um suporte privilegiado de informação e de publicidade que, designadamente, vá além do quadro das relações jurídico-privadas.

Obviamente, não é vocação do registo predial absorver informação supérflua ou constituir-se em meio de difusão a contento, a pretexto dos interesses mais diversos e segundo uma qualquer vontade dos requerentes, ou uma disponibilidade mais ou menos flexível do conservador.

O registo predial tem uma função e um escopo claramente definidos no art. 1º do CRP: dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário.

O programa do registo predial é, pois, de tutela da confiança daqueles que ordenam as suas relações jurídicas a partir da informação nele contida e de segurança adicional no campo dos direitos privados.

---

[1] Para uma teoria da relação jurídica civil. I – A teoria geral da relação jurídica. *Seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981, pp.50 e ss.
[2] Publicado no DR, II Série, de 30/3/2001.
[3] De acordo com ASCENSÃO, Oliveira. *O Direito* – Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. ref., Coimbra: Almedina, 2009, p. 457, a tipicidade legal taxativa, porque nenhuns outros casos admite, além dos previstos na lei, exclui a analogia.
[4] Cfr., entre outros, FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de Direitos Reais*. 4ª ed. ver. e act., Lisboa, Quid Iuris, 2003, pp. 115/116.

Isso não significa que a publicidade *em si mesma* não possa ocupar um espaço dentro de um sistema de registo arquitetado para assumir relevância substantiva ao nível da eficácia dos factos a ele sujeitos, sobretudo quando esta publicidade e a vocação de conhecimento generalizado que encerra possam servir interesses gerais ou objetivos de natureza pública e permitam uma *interferência* positiva na base negocial, fomentando a transparência no comércio jurídico imobiliário.

Por exemplo, no campo da caracterização do direito de propriedade, podemos talvez dizer que é ainda de segurança jurídica que se fala quando o registo predial é constituído em meio de conhecimento de uma cópia de limitações de direito público, oponíveis independentemente de registo, subsidiadas pela *função social da propriedade* ou particularmente reentrantes no conteúdo deste direito e, como tal, suscetíveis de indemnização, mas, em qualquer caso, parametrizadoras da capacidade de *criação de riqueza* associada a determinado prédio.[5]

4. O prédio descrito no registo

Também no âmbito da descrição registal nos parece haver espaço para recobrir outras dimensões do objeto do direito de propriedade, designadamente as que se relacionam com a ocupação, o uso e a transformação do solo, ou com a sua condição factual e paisagística.

Como a doutrina vem salientando, não é mais o solo que constitui o *valor fundamental*, mas, antes, a *capacidade de nele se criar riqueza*, pelo que conhecer determinado prédio e o seu valor é conhecer a *espécie* e a *intensidade* de utilização conferida ao solo, designadamente, no âmbito da planificação territorial.[6]

Com efeito, é hoje inegável a ação do plano urbanístico na conformação do direito de propriedade privada.

É o plano, com eficácia plurisubjectiva, que define o tipo de *utilização* do solo, fazendo-o, na maioria das vezes, à revelia da sua qualidade natural ou da sua localização territorial, ditando-lhe um *destino* diferente da sua *vocação natural*, reduzindo ou limitando faculdades de utilização.[7]

Outras vezes, são as próprias características do solo, a sua *condição natural* ou a sua *situação factual*, a delimitar negativamente a faculdade de uso ou utilização da coisa, sendo que as restrições de uso impostas pelo plano urbanístico não são senão a consagração de situações preexistentes.

Assim sucede, por exemplo, quando se constata a inviabilidade de construir em *terrenos situados em leitos de cheia ou em zonas submersas ou alagadas ou em terrenos especialmente declivosos*.[8]

O plano urbanístico é, nestes casos, fonte de reconhecimento das características típicas do solo, não fazendo mais do que "atualizar" limitações inerentes à situação particular do prédio.

Sucede ainda que certos tipos de solos encontram a sua disciplina jurídica definida em normas legais cujo conteúdo se impõe no âmbito da atividade de planificação, sendo disso exemplo o regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional, destinado a garantir a afetação dos solos à agricultura, resguardando-os de intervenções de sentido contrário, designadamente, de índole urbanística, e o regime jurídico das áreas protegidas, correspondentes às áreas terrestres com acentuado valor ecológico ou paisagístico, ou relevância científica, cultural e social.[9]

Pois bem. Sabendo-se que a base do registo predial é o prédio, será esta uma informação que se adapta à descrição registal ou que combine com o desígnio fundamental do registo?

Pela nossa parte, mencionar tal conteúdo no registo, sinalizando na descrição a classificação e a qualificação do solo face ao plano, é ainda dar conta do complexo de qualidades do objeto material dos factos jurídicos sujeitos a registo e, portanto, da situação jurídica dos prédios.[10]

Carrear para o registo este tipo de informação é também prosseguir o escopo de segurança do comércio jurídico, já que são evidentes os efeitos negativos de uma transação imobiliária dissociada das qualidades da coisa; da sua finalidade social e económica; *do destino que há de servir*.

Cremos, aliás, que o próprio *conceito de prédio utilizado* no âmbito do registo, e que implica distinguir entre prédio rústico, prédio urbano e prédio misto, merece reflexão, sobretudo quando se reconheçam as dimensões de relevância do regime urbanístico da propriedade do solo.

Tem prevalecido, entre nós, o entendimento de que o conceito registal de prédio é e *deve ser fundamentalmente o da lei civil*, embora se admita que, em algumas situações, este critério se mostra pouco operativo, tornando-se necessário à distinção entre prédio rústico e prédio urbano levar em linha de conta o destino, a finalidade económico-social e a aplicação concreta do prédio.[11]

A verdade é que o critério distintivo entre prédio rústico e prédio urbano traçado na lei civil assenta em uma relação entre o solo e as edificações nele construídas, segundo a utilização económica feita pelo proprietário, sem contar com a conformação do território organizada e desenvolvida pelos instrumentos de planeamento urbanístico, designadamente com a classificação do uso e destino do solo neles definida.

Ora, como observa Pedro Pais de Vasconcelos, a tendência será para a distinção entre prédio rústico e prédio urbano passar a assentar em um critério

---

[5] Nessa linha de pensamento, cremos mesmo que deveria estar consagrada uma cláusula legal de registabilidade de quaisquer restrições de utilidade pública, as quais, pelo impacto e condicionamento que representam para a utilidade económica do prédio, justificam ampla cobertura enunciativa por parte do registo.
[6] Como constata CORREIA, Fernando Alves. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina Coleção Teses, p. 335, nota 89, o valor do solo é fortemente condicionado pela espécie e intensidade de utilização que nele for possível realizar; o solo passou a ser um simples valor instrumental, um mero fator de radicação ou de localização.
[7] Assim, CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 689.
[8] Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula. *O Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial*: as alterações do Decreto-Lei nº 316/2007, de 19 de setembro. Coimbra: Almedina, 2008.
[9] CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 239 ss.
[10] Cremos que, no essencial, é este o fundamento da conclusão IV do parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado, IP, proferido no Proc. RP 73/1997 e publicado no *Boletim dos Registos e do Notariado* nº 5/1998, II Caderno.
[11] GUERREIRO, J. A. Mouteira. *Noções de Direito Registral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 172/173.

de destinação económica e funcional a partir do plano, em que *urbano seria então o prédio urbanisticamente afetado à construção e inserido em zona urbanizada ou urbanizável, e rústico o prédio urbanisticamente excluído dessa afetação e não inserido nessas zonas*.[12]

Enquanto essa evolução não for incorporada no texto das normas civilísticas, dando azo a alguma superação do conceito registal de prédio que se usa dar como definitivamente adquirido, não vemos como inconciliável trazer para o registo outras "camadas de informação" que permitam, a quem o contacta, saber da *vinculação situacional* do prédio ou da sua caracterização face às prescrições do plano, conhecendo, a partir do conteúdo da descrição do prédio, não só *o que existe*, mas também *o que pode existir*, de acordo com as normas jus-urbanísticas.

Fundamental é, no entanto, que para a descrição registal se encontre acreditação bastante, de forma a permitir, senão a certeza, ao menos a presunção de que o prédio existe com as características físicas indicadas no registo.

O pessimismo da razão força-nos, pois, a encarar o muito que há a fazer em matéria de "acreditação" da própria individualização do prédio retratada no registo.

Até agora, a descrição predial tem-se resignado ao conceito de *prédio material*, tendo por referência certa unidade espacial, isto é, uma porção delimitada do solo.

Sucede que a narrativa do prédio que o registo oferece é essencialmente alicerçada no que o interessado declara corresponder à realidade material.

Quando o prédio não se encontra cadastrado, a "acreditação" da sua existência física faz-se com base nas declarações dos interessados e em uma matriz fiscal, muitas vezes desapoiada de uma verificação oficial da realidade material a que respeita e de critérios rigorosos de medição.

Diz-se, por causa disso, que a presunção derivada do registo não cobre os elementos da descrição. A descrição registal é uma *imagem verbal do prédio* e, como tal, nada adianta o que nela se mencionar de diferente da realidade, *porque a realidade prevalece*[13] e o conteúdo do direito varia consoante à realidade material que efetivamente tenha por objeto.

Também se diz, em contrário, que o registo não cobre direitos puramente abstratos, antes publicita o direito sobre certo prédio (precisamente aquele que se encontra descrito no momento do registo), sendo este o prédio que vale para o comércio jurídico, designadamente para efeitos de legitimação do direito do transmitente ou onerante. De resto, o art. 88º/2 do CRP refere expressamente que as alterações à descrição não prejudicam os direitos definidos em inscrições anteriores, se os titulares respetivos nelas não tiveram intervenção.[14]

Na jurisprudência, o entendimento é pacífico: a presunção derivada do registo não se estende aos elementos da descrição assentes na mera declaração das partes.[15]

O que se assinala é o facto de a área e as confrontações ou limites do prédio serem postos no registo com base em simples declaração dos interessados, sem que, portanto, sobre estes elementos essenciais de delimitação da unidade espacial incida um juízo de legalidade ou uma verificação de conformidade com a realidade material. Em suma, é acentuada a falta de rigor ou de fidedignidade dos dados descritivos.

Destaca-se precisamente a contingência da informação contida na descrição predial face à ausência de um sistema de controlo efetivo da configuração e área dos prédios que se projete na descrição registal, garantindo uma identificação unívoca do objeto material das situações jurídicas registadas.

Seja como for, certo é que a credibilidade de um sistema de registo se faz de verdade, pelo que, afigurando-se inevitável a correlação entre a exatidão da descrição do prédio e a verdade do direito publicitado, sai a ganhar, em segurança e fluidez, um comércio jurídico imobiliário que atue a partir de um registo predial capaz de projetar corretamente a realidade material, ao menos, no que se refere à área do prédio: *essa porção de terreno que primitiva e fundamentalmente define qualquer prédio*.[16]

Tal desiderato não dispensará certamente um instrumento de cadastro predial que permita recolher uma informação credenciada de cada parte delimitada do solo com autonomia jurídica, é dizer, uma informação apoiada em bases gráficas e suportes técnicos precisos, e uma harmonização ao nível da titularidade dos prédios.[17]

Há muito que é assumido que uma segurança jurídica registal mais forte demanda o rigor na identificação física dos prédios, e que este rigor só se consegue através de um cadastro da propriedade, de um "inventário geral da riqueza territorial",[18] mais ou menos abrangente em termos de finalidades a alcançar, porém, suficientemente preciso e assertivo no que respeita à informação nele contida e à sua conservação e fiscalização.[19]

Além da presunção de exatidão que, certamente, não se negaria a uma descrição da realidade material certificada por um cadastro deste tipo, facilitada estaria a via para um fortalecimento da proteção registal, posto que, com o

---

[12] PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 224/225.
[13] Cfr. ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil* – Reais. 5ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 351/352.
[14] NUNES, Catarino. *Código do Registo Predial Anotado*. Coimbra: Atlântida Editora, 1968, pp. 223 e 397.
[15] Cfr., entre outros, STJ 19/02/2013 (367/2002.P1.S) e STJ 23/09/2004 (04B2324), disponíveis em www.dsgi.mj.pt.
[16] GUERREIRO, J. A. Mouteira. *Noções de Direito Registral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 177.
[17] Um sistema de informação predial único que condense, de forma sistemática, a realidade factual da propriedade imobiliária com o registo predial, as inscrições matriciais e as informações cadastrais chegou a ser o objetivo declarado do modelo de cadastro multifuncional gizado na Resolução do Conselho de Ministros nº 45/2006, e o modelo inspirador do Decreto-Lei nº 224/2007, de 31 de maio, alterado pelo Decreto-Lei nº 65/2011, de 16 de maio, que estabeleceu o regime experimental da execução, exploração e acesso àquela informação, prevendo, ainda, a criação do Sistema Nacional de Exploração e Gestão de Informação Cadastral (Sinergic).
No entanto, a ponderação sobre os elevados custos financeiros de tal empresa forçou a uma reformulação dos objetivos, que passam agora pelo máximo aproveitamento da informação já existente, conforme se infere da Resolução do Conselho de Ministros nº 56/2012.
[18] Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e Teoria dos Registos*. Coimbra: Almedina, p. 109, e autores citados, e MENDES, Isabel. *Estudos sobre Registo Predial* – O Registo Predial e a Segurança Jurídica nos Negócios Imobiliários. Coimbra: Almedina.
[19] Ambicionar mais do que isso, evoluindo para um sistema de informação predial única, com harmonização das informações da competência de diversas entidades, envolverá já uma coordenação mais pesada e exigirá, pelo menos, uma preservação do âmbito e do escopo de cada uma das informações a articular e a destrinça clara de um princípio de complementaridade, que salvaguarde os efeitos jurídicos que a lei atribui a cada uma dessas informações.

Foto: Cesar Duarte

auxílio complementar das ferramentas tecnológicas de pesquisa, se lograria também reduzir drasticamente o problema da duplicação de prédios no registo, a que impressivamente já se chamou de "erva daninha do sistema".[20]

Obtido o reconhecimento da existência física do prédio descrito, ao menos nos seus pontos fundamentais de individualização, com apoio em suporte gráfico bastante, ou certificada a correspondência entre a realidade material e a realidade jurídica representada no registo por entidade competente, cremos inegável a vantagem em condensar no registo uma informação tempestiva, verdadeira e abrangente do *estatuto* do prédio à luz das prescrições do plano e do conjunto de características específicas que determinam condicionamentos à sua utilização.

Como já antes dissemos, perante um *mercado* globalizado e em um contexto de redução de custos, parece-nos ostensiva a valia de um efeito multiplicador de informação que só o registo está em condições de oferecer de forma célere e integrada, por meio dos seus suportes, da relação direta que estabelece com os cidadãos e as empresas, e do nível de desenvolvimento tecnológico que apresenta no tratamento e na divulgação da informação.

Quem quer comprar ou obter uma garantia real sobre o prédio, não quererá conhecer, a um tempo, a coberto de um só suporte, e a partir de qualquer ponto do mundo, toda a informação atinente ao prédio, de modo a bem ponderar os pressupostos negociais implicados e a formar uma vontade negocial esclarecida?

Para nós, a resposta só pode ser afirmativa, porque são evidentes os efeitos negativos de uma transação imobiliária dissociada das limitações do solo em termos de *capacidade de nele se criar riqueza*, e porque é manifesta a vantagem económica e social de um reforço de informação acerca *da valorização e do significado acrescido* que o plano confere à porção delimitada de solo representada no registo.[21]

Também desta forma, publicitando o complexo de qualidades da coisa objeto do registo, se prossegue o valor de segurança e de certeza do direito que o inspira; também, assim, se concorre no sentido da *estabilidade da vida social e das expectativas em que cada um assenta as suas decisões e os seus planos de vida*.[22]

5. Conclusão

Encurtando considerações, é ainda de consolidação da segurança jurídica, de facilitação do intercâmbio dos bens e do crédito e de garantia do cumprimento da função social da propriedade que falamos quando o registo se constitui em fonte de informação sobre o conjunto das limitações de direito público ao direito de propriedade e acolhe a publicação de providências de consecução de uma política coerente dos solos ou de dimensão ecológico-ambiental, que, em qualquer caso, prosseguem interesses gerais recobertos pela *referência social* em que o prédio se integra.

São os mesmos valores que prevalecem quando à descrição registal se comete a função de sinalizar o *estatuto* do prédio à luz das prescrições do plano, identificando-se o prédio nas suas múltiplas vertentes, dando-se, direta ou indiretamente, conta do seu relevo económico, não só por referência ao que existe (*objeto material*), mas também ao que pode ou deve existir (*objeto funcional*).

O que aqui se suscita é, em suma, o direito registal como coisa *in fieri*, a caminhar para a *completude*, difundindo a informação jurídica necessária à correta compreensão do seu objeto, reduzindo os custos da informação, adaptando-se a uma nova conceção do direito de propriedade, respondendo às necessidades atuais. ■

[20] Apontando a relevância do cadastro e a influência negativa da duplicação de prédios na consagração do princípio da fé pública registal, JARDIM, Mónica. *A delimitação de jurisdição, territorial e na matéria* – reflexos nos efeitos registais, disponível em: <http://www.cenor.fd.uc.pt/publicações/pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.
[21] Nas palavras de CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 694, o plano não veio destruir ou eliminar o direito de propriedade privada do solo, pelo contrário, veio valorizar o solo, atribuir-lhe um significado acrescido.
[22] Sobre o valor da segurança jurídica, consultar: MACHADO, Batista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 55/58.

Foto: Cesar Duarte

Mónica Jardim fez uma análise comparada da doutrina registral imobiliária dos três países

A eficácia do registo no âmbito de factos frequentes em tempo de recessão económica e em fase de crescimento económico*[1]

//Mónica Jardim

Professora-doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde é regente da segunda turma da disciplina de Direito das Coisas, da disciplina de Direitos Reais II e da disciplina de Direito dos Registos e do Notariado. Presidente do Centro de Estudos Notariais e Registais.
Membro cooptado, por reconhecido mérito científico, do Conselho do Notariado de Portugal.

---

* Artigo escrito em português de Portugal.
[1] O texto que ora se publica foi redigido para servir de base à apresentação feita no *VIII Seminário Luso*-Brasileiro-Espanhol de Direito Registal Imobiliário, realizado em 28 e 29 de novembro de 2013, no Rio de Janeiro, Brasil.

Sumário

Nota Prévia

A) A eficácia do registo, em Portugal, no âmbito de factos frequentes em períodos de expansão ou crescimento económico (aquisição de direitos reais de gozo e constituição de hipotecas voluntárias)

1. A aquisição de direitos reais de gozo e a função desempenhada pela publicidade registal: a eficácia declarativa do assento registal definitivo

2. A constituição de hipotecas voluntárias e a função do registo
2.1 A hipoteca e as garantias ocultas – a causa da sua fragilidade
2.2 A segurança conferida pelo Registo Público aos credores hipotecários

B) A eficácia do registo, em Portugal, no âmbito de factos frequentes em períodos de crise ou de recessão económica (penhora e declaração de insolvência)

3. A Penhora
3.1 Âmbito subjectivo da penhora
3.2 Realização da penhora
3.3 Efeitos substantivos decorrentes da penhora de um bem imóvel e da subsequente venda em execução (arts. 819º, 822º e 824º do Código Civil)
3.3.1 A ineficácia relativa dos actos subsequentes de alienação, oneração ou de arrendamento
3.3.2 A aquisição, pelo exequente, do direito a ser pago com preferência em face de qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior à custa do valor dos bens penhorados e, consequentemente, a aquisição, pelo exequente, de um direito real de garantia
3.4 Harmonização entre os interesses do exequente e os interesses dos demais credores do executado que se beneficiem de um direito real de garantia
3.5 Extinção da penhora e cancelamento do respectivo registo
3.5.1 Extinção da penhora decorrente da venda executiva (ou adjudicação dos bens) e cancelamento do respectivo registo
3.5.2 Extinção da penhora por causa diversa da venda executiva e cancelamento do respectivo registo
3.6 Apresentação de duas hipotecas que se encontram previstas no âmbito da acção executiva
3.7 A hipótese de penhora de um bem registado a favor de pessoa diversa do executado

4. Processo de insolvência
4.1 Quem pode ser declarado insolvente?
4.2 Sentença de declaração de insolvência
4.3 Efeitos da declaração de insolvência em relação ao devedor e a terceiros
4.4 Efeitos da declaração de insolvência sobre as acções pendentes
4.5 Efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos
4.6 Registo
4.7 O Processo Especial de Revitalização

Nota Prévia

Como se sabe, com o crescimento demográfico dos núcleos populacionais e com o aumento do tráfico imobiliário, os riscos derivados da oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais aumentaram exponencialmente, *maxime*, para quem, não sendo titular de um direito real sobre determinada coisa, pretendesse tornar-se, desenvolvendo esforços nesse sentido. Por isso, surgiu a necessidade de dar publicidade aos direitos reais de forma permanente e mais eficiente.

Esta necessidade revelou-se de forma mais premente quanto aos bens imóveis, que foram, até data recente, os bens com maior importância económica, suscitando, por isso, o interesse do tráfico jurídico. E, por essa razão, a generalidade dos ordenamentos jurídicos passou a fazer depender a oponibilidade dos direitos reais sobre imóveis, em maior ou menor medida, da sua publicidade registal.[2]

Foi o que aconteceu em todos os ordenamentos que, em relação aos direitos reais sobre imóveis, adoptaram o registo constitutivo e, portanto, impuseram a primeira inscrição como condição necessária para que o imóvel não

[2] A publicidade registal desenvolveu-se, assim, a par do desenvolvimento da sociedade de mercado, porque visou favorecer o tráfico crescente dos bens imóveis, eliminando a insegurança que gerava para os adquirentes – sobretudo, para os credores *hipotecários* –, a existência de ónus ocultos (principalmente as hipotecas tácitas e as gerais, que dificultavam sobremaneira a extensão do crédito territorial). A tutela do tráfico imobiliário tem por base a preocupação de dar a máxima tranquilidade e segurança possível a quem desembolsa dinheiro para adquirir imóveis ou para o emprestar mediante a garantia de uma hipoteca, e só se pode conseguir esta tranquilidade e segurança pondo-se à disposição dos terceiros adquirentes um sistema de registo ou de publicidade registal que elimine ou diminua, notavelmente, o perigo de adquirir de quem não seja proprietário, de obter uma hipoteca sobre bens não pertencentes àquele que dá o bem em garantia ou de adquirir uma propriedade gravada com ónus desconhecidos.
Acresce que, como afirma Benito Arruñada, a existência de direitos reais ocultos aumenta a assimetria da informação entre as partes e aumenta os custos de transacção e de transmissão, uma vez que gera a necessidade de determinar a existência de direitos reais potencialmente conflituantes e de negociar com os seus titulares, o que, naturalmente, cria obstáculos ao comércio e à especialização dos recursos produtivos.
Cfr. ARRUÑADA, Benito. La contratación de derechos de propiedad: análisis general y aplicación al registro predial português. *Sub Judice*, nº 33, p. 109, out.-dez. 2005.
GUERREIRO, Mouteira. O registo imobiliário necessário instrumento do progresso económico e social. In: Congresso de Marrakech. *Temas de Registos e de Notariado*. Coimbra: Almedina, Centro de Investigação Jurídico Económica, 2010. p. 237 e ss, maxime, 255-257.
NÚÑES, Nuñes. Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del capital. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 623, p. 1521 e ss, 1994.

permanecesse fora do tráfico jurídico. De facto, se os direitos reais, normalmente, não se constituem, não se transmitem, nem se modificam à margem do registo, é evidente que a sua oponibilidade depende do registo. Antes do assento registal não faz qualquer sentido falar de oponibilidade *erga omnes*.[3]

E foi o que aconteceu nos ordenamentos que, tendo adoptado o registo declarativo – continuando, assim, a admitir que os direitos reais se constituíssem, transmitissem e modificassem à margem do registo –, impuseram, ao titular do direito real, a inscrição registal como condição de oponibilidade perante certos e determinados terceiros ou, mais rigorosamente, como forma de consolidar a oponibilidade *erga omnes* do seu direito real perante certos e determinados terceiros.[4; 5; 6]

Ora, independentemente do cariz constitutivo ou declarativo/consolidativo reconhecido ao assento registal, é consabido que a publicidade registal visa, por um lado, eliminar assimetrias de informação, garantir a segurança jurídica dos direitos, a protecção do tráfico, o fomento do crédito territorial assegurado mediante garantias reais e a agilização das transacções imobiliárias e, por outro lado, evitar a usura, as fraudes, e os pleitos e conflitos sobre questões jurídico-imobiliárias.[7] E que, consequentemente, assume suma importância, quer em épocas de crise, quer de de expansão económica, embora, naturalmente, os factos ou direitos que, predominantemente, a ele acedem sejam bem diversos, consoante as referidas épocas ou fases.

Cumpre-nos reflectir sobre a eficácia do registo, em Portugal, no âmbito de factos frequentes em tempo de recessão e em fase de crescimento económico.

É o que faremos em seguida. No entanto, cumpre fazer duas advertências: primeira, começaremos por analisar a eficácia do registo, em Portugal, no âmbito de factos frequentes em períodos de expansão ou de crescimento económico e só depois passaremos à análise da sua eficácia quanto aos factos mais comuns em época de crise; segunda, limitaremos a nossa apreciação, respectivamente, à eficácia do registo em matéria de aquisição de direitos reais de gozo e de constituição de hipotecas voluntárias e à penhora e à declaração de insolvência.

A) eficácia do registo, em Portugal, no âmbito de factos frequentes em períodos de expansão ou crescimento económico (aquisição de direitos reais de gozo e constituição de hipotecas voluntárias)

1. A aquisição de direitos reais de gozo e a função desempenhada pela publicidade registal: a eficácia declarativa do assento registal definitivo

O actual Código Civil, mantendo a opção feita pelo legislador do Código de Seabra, no nº 1 do art. 408º do Código Civil, consagrou o denominado *princípio da consensualidade*,[8] estatuindo: "A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as excepções previstas na lei".

Por isso, em Portugal vigora o sistema do título.

Por outro lado, não se encontra consagrado entre nós o princípio da abstracção – tal como não se encontrava, na vigência do Código de Seabra.[9]

Assim, em resumo, nos direitos reais convencionalmente estabelecidos para a produção do efeito real, é condição necessária e suficiente um título, mas tal título há de existir, ser válido e eficaz: o mesmo é dizer, não pode padecer de causas de inexistência, ser inválido ou inapto a produzir efeitos reais.

Portanto, o registo não é, em regra, condição necessária nem suficiente para alterar a situação jurídico-real existente. Ou seja, não assume um papel constitutivo.

Mas, estando os correspondentes factos aquisitivos sujeitos a registo, só veem a sua oponibilidade *erga omnes* – adquirida à margem do registo – consolidada, definitivamente, perante certos e determinados "terceiros", após a respectiva inscrição registal, obtida com prioridade.

---

[3] Não obstante, os ordenamentos que consagram o registo constitutivo, em regra, apenas o impõem nas mutações jurídicas decorrentes de negócios jurídicos voluntários celebrados inter vivos. Consequentemente, outras formas de aquisição (v.g., a aquisição originária, a sucessão legal *mortis causa* a título de herança, a expropriação etc.) são eficazes *erga omnes*, independentemente do correspondente registo, traduzindo-se, portanto, em formas de aquisição extratabular. Porque assim é, quando devam aceder ao registo, o correspondente assento visa "apenas", por um lado, consolidar a eficácia erga omnes anteriormente adquirida em face de terceiros e, por outro, legitimar o adquirente do direito real a alienar ou onerar, uma vez que, enquanto a inscrição registal não ocorrer, o titular do direito real estará impedido de o fazer de acordo com o princípio da legitimação e com o princípio da continuidade ou do trato sucessivo.
Por outro lado, nestes sistemas, as limitações legais, as restrições de direito público, e algumas servidões produzem a sua eficácia típica à margem do registo.

[4] O direito real é absoluto – eficaz *erga omnes* –, sem excepção. Não existem direitos reais desprovidos de eficácia *erga omes*. Consequentemente, nos ordenamentos que admitem que os direitos reais se constituam, transmitam e modifiquem à margem do registo, mas impõem a inscrição registal dos correspondentes factos jurídicos, sob pena de inoponibilidade em face de certos e determinados terceiros, a função que há de ser reconhecida à referida inscrição é a de "apenas" consolidar a eficácia *erga omnes* anteriormente obtida.

[5] Refira-se que os sistemas jurídicos que reconhecem ao assento registal "apenas" o papel de consolidar a eficácia *erga omnes* da situação jurídico-real, em regra, consagram hipóteses de inscrições de factos jurídicos que, caso não cheguem a aceder ao registo, nem por isso deixam de ser oponíveis *erga omnes*, hipóteses essas em que a inscrição no registo não visa consolidar, portanto, a eficácia erga omnes da situação jurídico-real preexistente (por exemplo: a aquisição originária; a aquisição *ex vi legis*; as decisões administrativas impositivas e as cessões amigáveis em matéria de expropriação por utilidade pública etc.).

[6] Não obstante o afirmado no texto, diversos sistemas registais também admitem o acesso ao registo de situações jurídicas que não assumem natureza real e, naturalmente, quanto a estas situações, o assento registal, por um lado, não assume uma função constitutiva – ou seja, não condiciona a constituição, modificação ou extinção dos correspondentes direitos "pessoais" – e, por outro, não altera a natureza do direito publicitado, ou seja, não o converte em um direito real. O assento registal visa, isso sim, a uma das seguintes finalidades, consoante o sistema registal em causa: assegurar a mera publicidade-notícia; acrescentar à eficácia típica do facto registado a oponibilidade deste a *terceiros para efeitos de registo* que não tenham obtido o respectivo assento com prioridade; a assegurar a oponibilidade do direito "pessoal" em face de *futuros adquirentes* de direitos sobre o imóvel.
Assim, por exemplo, o sistema registal suíço – que consagra a inscrição constitutiva – nº art. 959 do Código Civil prescreve: "**Les droits personnels**, tels que les droits de préemption, d'emption et de réméré, les baux à ferme et à loyer, **peuvent être annotés au registre foncie**r dans les cas expressément prévus par la loi. **Ils deviennent ainsi opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble**" (Grifo nosso). Ao invés, no ordenamento jurídico português, os direitos não reais que podem aceder ao registo, e que efectivamente sejam publicitados, passam a ser oponíveis perante *terceiros para efeitos de registo* que não tenham obtido o respectivo assento com prioridade.

[7] Os sistemas registais desempenham funções essenciais em uma economia de mercado, não só em relação ao desenvolvimento dos mercados creditícios hipotecários, mas também em relação ao funcionamento eficiente do sistema económico no seu conjunto.
A função económica de qualquer sistema registal foi manifestada, explicitamente, pelos legisladores dos diversos países quando começaram a gizar os respectivos sistemas registais: fomentar o crédito territorial, ou seja, converter os direitos sobre bens imóveis em activos económicos capazes de servir de garantia ao crédito.
A este propósito, por todos *vide*: GONZÁLEZ, Méndez. Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, no 700, p. 571 ss, 2007.
BREY, Enrique Rajoy. La hipoteca: Análisis económico y social de una preferencia. *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*. Centro Internacional de Derecho Registral, Fundación Registral, 2007, p. 266 ss.

[8] A propósito da origem filosófica e histórica do princípio da consensualidade *vide*: Cura, cura. O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos Códigos Civis espanhol e português. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, STVDIA IVRIDICA, 70, *Colloquia* – 11, *Separata de Jornadas Romanísticas*, Coimbra, Universidade de Coimbra, p. 47, 2003.
SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Invalidade e Registo* – A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé. Coimbra: Almedina, 2010. p. 165 e ss.

[9] Uma vez que, como se sabe, considerando-se o efeito real como causado pelo acto em que se manifesta a vontade de constituir ou transmitir, com exclusão de qualquer outra formalidade ulterior, o princípio que rege é, necessariamente, o princípio da justa causa de atribuição ou o princípio da causalidade, nos termos do qual sem justa causa, isto é, sem a existência, a validade e a procedência (ou aptidão para produzir efeitos reais) do título, o efeito real não se produz..

De facto, segundo o nº 1 do art. 5º do Código de Registo Predial:

"Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo".

Portanto, na falta de registo, o titular do direito real, naturalmente eficaz *erga omnes*, não consolida tal eficácia, por isso corre o risco de ver constituída e registada a favor de outrem uma situação jurídica incompatível com a emergente do seu negócio e sobre ela prevalecente.

Em resumo, o assento registal assume, em geral, uma função consolidativa: visa consolidar a oponibilidade *erga omnes* perante certos e determinados terceiros.[10]

Assim, se *A* vendeu um prédio a *B,* que não obteve o registo da aquisição, a posição jurídica de *B* é precária, não obstante ter adquirido por mero efeito do contrato o direito real. Isto porque, se *A* vender, de seguida, o prédio a C e obtiver o registo a seu favor, a posição deste prevalece, embora tenha adquirido a *non domino*. O risco corrido por *B* é afastado se registar a sua aquisição antes de *C*; por isso, em relação a *B* diz-se que o registo consolida a eficácia *erga omnes* do seu direito perante terceiros para efeitos do registo.

Ou seja, o registo junta-se a uma aquisição já ocorrida no plano substancial e tem por função assegurar no tempo os efeitos do acto, impedindo o funcionamento da condição legal resolutiva, constituída pelo registo de uma aquisição a favor de um sucessivo adquirente do mesmo autor comum, que não padeça de outra causa de invalidade para além da ilegitimidade do *tradens* decorrente da anterior disposição válida.

Ao invés, na ausência de registo, o direito fica prejudicado in toto, sempre que tenha o mesmo conteúdo,[11] ou seja, menos amplo do que o primeiramente publicitado através de um assento registal definitivo e, por isso, não possa ficar por ele onerado. Por seu turno, sempre que o direito não publicitado ou sucessivamente publicitado tem um conteúdo mais amplo do que aquele que primeiro acedeu ao registo, a consequência é a de ficar aquele onerado com este.[12]

Salvaguardada essa diferença, nem por isso deixa de existir uma nota comum e essencial nas várias hipóteses: a situação jurídica do primeiro adquirente não prevalece em relação à do segundo e dá-se a aquisição, a favor deste, de um direito que, pelo menos *ab initio*, não tinha suporte substantivo.[13;14]

Refira-se, por fim, que a solução decorrente do art. 5º do Código do Registo Predial português não é mais do que o corolário, por um lado, do facto de a consolidação da oponibilidade *erga omnes* ser o efeito básico da publicidade registal em um sistema de título.[15] E, por outro, da circunstância de qualquer sistema registal assegurar ao adquirente que o transmitente não alienou ou onerou o bem anteriormente a outrem e, consequentemente, garantir ao adquirente – que obtenha o registo definitivo – que a sua posição jurídica não será posta em causa em virtude de uma alienação ou oneração anterior, não publicitada, mas que deveria ter sido.

Em suma, o art. 5º do Código do Registo Predial consagra a regra segundo a qual: *o sujeito activo de um facto jurídico que deveria ter acedido ao registo, sob pena de não ocorrer a mutação jurídico-real ou sob pena de não se consolidar a eficácia da mutação jurídico-real já ocorrida, não verá a sua posição jurídica prevalecer em face de um terceiro adquirente, de um direito total ou parcialmente incompatível, que haja obtido o correspondente registo definitivo*. Ora, como se sabe, esta regra ou dimensão da inoponibilidade é reconhecida por todos os ordenamentos jurídicos que consagram um sistema de publicidade registal, uma vez que, afirmando-se que os "terceiros" são afectados ou prejudicados pelas situações jurídicas publicadas, ainda que não tenham tido conhecimento efectivo delas, também se tem de afirmar que não são oponíveis, aos terceiros adquirentes, as situações jurídicas não publicadas que eram susceptíveis de o ter sido, dado que eles nunca estiveram colocados em posição de conhecê-las. Ou, por outra via, o mínimo de garantia que qualquer registo imobiliário oferece é a chamada força negativa ou preclusiva da publicidade: aquele que pretende adquirir sabe que se inscrever definitivamente a sua aquisição no registo fica a salvo dos ataques de qualquer "terceiro" que haja adquirido um direito incompatível do mesmo dante causa que não tenha obtido o registo a seu favor ou que o tenha obtido posteriormente a si.

---

[10] Tal como parte da doutrina portuguesa, entendemos que o registo definitivo obtido pelo primeiro adquirente assume o papel de consolidar a eficácia *erga omnes* do direito já adquirido, impedindo o funcionamento da *condição legal resolutiva*, constituída pelo registo prioritário de uma "aquisição" a favor de um sucessivo adquirente do mesmo autor. Neste sentido, *vide*: VARELA, Antunes; MESQUITA, Henrique. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de junho de 1992. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 126º, p. 383-384,1993-1994.
ASCENSÃO, Oliveira. *Direito Civil, Reais* (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 372-373.
_____. Efeitos substantivos do registo predial na ordem jurídica portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 34, p. 28, 1974.
JARDIM, Mónica. *Efeitos Substantivos do Registo Predial* – Terceiros para Efeitos de Registo. Coimbra: Almedina, 2013, p. 532 e ss.

[11] Salvo quando o respectivo exercício não produz qualquer interferência no outro direito.

[12] De facto, quando o terceiro obtém com prioridade o registo, torna-se titular do direito, não obstante ter adquirido a *non domino*. Por isso, se afirma que, para o terceiro, o registo gera um efeito atributivo, pois, sem ele, o direito não seria adquirido, em virtude do princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Mas a tutela do terceiro não assume em todos os casos a mesma configuração, pois é determinada pela diferente natureza dos direitos incompatíveis em presença. De facto, sendo os direitos da mesma natureza, a incompatibilidade é total ou absoluta e, por isso, implica a "perda" ou "extinção" do direito cujo facto aquisitivo não foi inscrito. *Ao invés, quando* a incompatibilidade é apenas parcial, não implica a "perda" ou a "extinção" do direito não publicitado, mas impõe ao titular não inscrito a oneração do seu direito pelo anteriormente registado.

[13] Como resulta do exposto, a solução consagrada pelo legislador português em sede de circulação de bens sujeitos a registo não é unitária, mas, sim, nitidamente assimétrica. De facto, não se pode negar que a condição de quem adquire e regista prioritariamente é diversa daquela de quem, adquirindo em segundo lugar, não pode invocar tal princípio e baseia a sua aquisição na prioridade do registo. No primeiro caso, segundo a melhor doutrina portuguesa, o registo junta-se a uma aquisição já ocorrida no plano substancial e tem por função assegurar no tempo os efeitos do acto, impedindo o funcionamento da condição legal resolutiva, constituída pelo registo de uma aquisição a favor de um sucessivo adquirente do mesmo autor comum, que não padeça de outra causa de invalidade para além da ilegitimidade do *tradens* decorrente da anterior disposição válida.
No segundo, ao invés, o registo apresenta-se como *condictio sine qua non* do efeito aquisitivo, uma vez que o título aquisitivo, sob o plano substancial, é inidóneo a determinar, de per si, a prevalência em face daquele de data mais remota. O registo feito pelo segundo adquirente desempenha uma função atributiva/aquisitiva porque, por força da lei, o registo de um negócio jurídico, que não padece de outra causa de invalidade que não seja a ilegitimidade do *tradens* decorrente da anterior disposição válida, concede o direito ao titular inscrito e, porque não podem passar a existir dois direitos incompatíveis, ao mesmo tempo resolve, para o futuro, na medida do necessário, os efeitos da primeira aquisição.
Ou seja, a inscrição, no registo, de um facto aquisitivo, que quando analisado isoladamente é válido, funciona como condição legal de eficácia da segunda transmissão e, simultaneamente, como *condictio iuris* resolutiva dos efeitos da primeira que sejam incompatíveis com os daquela. *Condictio iuris* resolutiva cujos efeitos se produzem apenas *ex nunc*, porque tal se revela suficiente para satisfazer o interesse subjacente à norma legal, que é o de dar prevalência ao direito cujo facto aquisitivo foi registado.

[14] Sublinhe-se, ainda, que o facto de o Decreto-Lei nº 116/2008, alterado pelo Decreto-Lei nº 125/2013, de 30 de agosto, ter imposto a obrigatoriedade do registo infelizmente não assegura, por qualquer modo, o termo dos conflitos entre terceiros para efeitos do art. 5º do Código do Registo Predial. Isto porque o referido diploma legal só se aplica às aquisições posteriores a 31 de dezembro de 2008 e mesmo em relação a estas, independentemente do possível incumprimento por parte dos obrigados a solicitar o registo da primeira aquisição, a lei fixa um prazo para solicitar o registo – actualmente, dois meses, de acordo com o nº 1 do art. 8º -C –, nada garantindo, portanto, que o obrigado requeira a feitura do assento registal (dentro do prazo) antes de ser solicitado e obtido o registo da segunda aquisição

[15] De facto, se o registo definitivo faz com que as situações jurídicas consolidem a oponibilidade *erga omnes* que lhes é conatural, a ausência da inscrição registal impede que as situações jurídicas, susceptíveis de serem registadas, que não tenham acedido ao registo, continuem a produzir tal eficácia, gerando, assim, a sua "inoponibilidade" em face de terceiros que se beneficiem de um assento registal definitivo.

[16] Para mais desenvolvimentos, vide:

2. A constituição de hipotecas voluntárias e a função do registo[16]

Até a entrada em vigor do Código do Registo Predial de 1959, de acordo com o art. 951º do Código de Seabra, todos os factos sujeitos a registo, sob pena de inoponibilidade a terceiros, na ausência da respectiva inscrição registal, podiam ser invocados em juízo entre as partes, seus herdeiros e representantes.

Tendo como base o pressuposto de que a preferência não era imprescindível à existência da hipoteca, este artigo parte da doutrina afirmava que o registo do negócio jurídico hipotecário, assim como o registo de qualquer facto aquisitivo de outro direito real, assumia uma função meramente declarativa, constituindo-se, portanto, a hipoteca voluntária por mero efeito do negócio jurídico.[17; 18; 19]

Refira-se, ainda, que Vaz Serra, aquando da elaboração do projecto do actual Código Civil, deu por assente que o registo da hipoteca não assumia uma função constitutiva e que a hipoteca não registada, não obstante não beneficiar de preferência, produzia os seguintes efeitos *inter partes*:[20]

- caso fosse intentada acção executiva, não podiam ser excutidos outros bens do devedor enquanto não tivessem sido excutidos os bens hipotecários;
- o credor podia exigir do devedor o reforço da garantia e, na falta de reforço, o cumprimento imediato da obrigação, o qual poderia ser pedido desde logo se a deterioração fosse devida à culpa do devedor (cfr. arts. 741º e 901º, ambos do Código Civil);
- no caso de morte do devedor, transferindo-se o prédio hipotecado para um só herdeiro, o credor poderia exigir o pagamento só a este e proceder à execução sobre o prédio, no caso de incumprimento.[21]

Por fim, recorde-se que o legislador nacional, no preâmbulo do Código do Registo Predial de 1959, manifestou de forma expressa a sua intenção de atribuir função constitutiva ao registo da hipoteca, afirmando:

> A orientação que tem prevalecido na legislação nacional é, como vimos, a que atribui ao registo função *declarativa*.
>
> O novo código não se afasta desse regime, que a experiência, tanto entre nós como noutros países, tem revelado suficientemente apto para assegurar, em grau apreciável, a eficácia da instituição. *Abre, no entanto, uma excepção, ao considerar o registo como essencial para a constituição da hipoteca, o que aliás só representa verdadeira inovação, dentro do sistema vigente, em relação às hipotecas contratuais e corresponde à aceitação de um princípio hoje consagrado pela generalidade dos próprios sistemas legislativos do tipo latino* (Grifos nossos). [23]

Após a entrada em vigor do Código do Registo Predial de 1959, a doutrina portuguesa, em geral, passou a reconhecer eficácia constitutiva ao registo da hipoteca convencional. No entanto, algumas décadas passadas, perante o art. 687º do actual Código Civil e o nº 2 do art. 4º do Código do Registo Predial, surgiu a polémica sobre a questão de saber se o registo da hipoteca convencional assume, efectivamente, uma função constitutiva, e se, portanto, a constituição da hipoteca convencional se traduz em uma excepção ao princípio da consensualidade.

Vejamos com mais pormenor.

De acordo com o art. 687º do actual Código Civil e o nº 2 do art. 4º do Código do Registo Predial, a *hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes*.

Portanto, na falta de registo não há sequer produção do efeito real.

Em face destas regras, a propósito da hipoteca voluntária, em Portugal tem sido colocada a questão de saber qual é, na ausência de registo, o valor do negócio hipotecário.

---

[17] Vide, por todos: *MOREIRA, Guilherme. Instituições de Direito Civil Português, II, Das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 398-399.

[18] Não obstante não o afirmarem, os defensores da existência da hipoteca antes da respectiva inscrição registal provavelmente defenderiam que, após a celebração do negócio hipotecário, a hipoteca já poderia ser oposta ao subadquirente do direito de propriedade ou a um adquirente de um direito real menor de gozo, desde que tal direito tivesse sido adquirido posteriormente, estivesse sujeito a registo sob pena de inoponibilidade e não tivesse sido lavrada a respectiva inscrição registal. Ou seja, os defensores da tese em apreço, apesar de negarem à hipoteca a característica da preferência, não lhe deveriam negar a característica da sequela.

[19] Sublinhe-se que a polémica em torno do carácter declarativo ou constitutivo do registo da hipoteca apenas dizia respeito à hipoteca convencional especial, isto é, susceptível de ser registada apenas sobre bens certos e determinados do devedor.
De facto, não se suscitavam dúvidas quanto ao carácter constitutivo do registo da hipoteca convencional geral – à data existente e susceptível de ser registada sobre quaisquer bens do devedor –, uma vez que, sendo a especialidade ou a necessidade de determinação dos imóveis um carácter essencial da hipoteca e sabendo-se que só através da inscrição registal se efectuava a especificação dos imóveis, não havia como negar o carácter constitutivo do respectivo registo.
Acresce que também nunca se duvidou do carácter constitutivo do registo da hipoteca legal, quer especial, quer geral, e depois da hipoteca judicial – que sempre foi geral –, desde logo, porque a especificação dos bens sempre ocorreu com o registo, nunca se tendo, por isso, afirmado que o direito real "nascia" ou era constituído em virtude da disposição legal ou da sentença condenatória, respectivamente.

[20] SERRA, Vaz. Hipoteca. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 62, p. 57 1957.

[21] No entanto, Vaz Serra, a propósito da constituição da hipoteca, depois de se questionar sobre a existência de razões que aconselhassem a consagração de uma excepção à regra da função declarativa do registo, concluiu:
"Assim parece.
Na verdade, a eficácia da hipoteca entre as partes e seus herdeiros, independentemente do registo, conduz a resultados chocantes […]:
É verdade que resultados igualmente chocantes se podem dar noutras hipóteses […] mas, aqui, se pode observar que a exigência do registo para a eficácia da hipoteca entre as partes e seus herdeiros se justifica especialmente, dado que a hipoteca se destina sobretudo a produzir efeitos em relação a terceiros, e que, portanto, não se impõe um encargo incomportável ou injusto com o facto de se obrigar a registar a hipoteca a quem tirar dela quaisquer vantagens.
Parece, pois, que a hipoteca deve carecer de registo para produzir efeitos entre as partes e em relação a terceiros".

[22] Como é evidente, a opção legislativa feita no Código do Registo Predial de 1959 não se prendeu com a tutela dos terceiros, uma vez que a defesa dos interesses destes estava assegurada quer se reconhecesse à inscrição registal valor declarativo ou constitutivo. De facto, não sendo efectuado o registo, o direito seria inoponível a terceiros. Portanto, a opção só pode ter sido feita porque se considerou que não fazia sentido continuar a afirmar a existência de uma hipoteca desprovida de preferência, ou (e) para evitar que o devedor constituísse sucessivamente mais do que uma hipoteca sobre o mesmo prédio, por dívidas que ultrapassassem o valor real do objecto, ou e porque se pretendeu tutelar o próprio credor, contra a sua negligência.
Em idêntico sentido vide: ALMEIDA, Ferreira de. *Publicidade e Teoria dos Registos*. Coimbra: Almedina, 1966, p. 209 e 210.

A maioria da doutrina considera o registo um elemento condicionante de eficácia absoluta e afirma que, antes da sua feitura, o negócio é válido, mas absolutamente ineficaz.[23]

Carvalho Fernandes entende que o registo é um elemento formativo do negócio; sem o registo o negócio não está perfeito.[24]

Por fim, Orlando de Carvalho[25] e Rui Pinto Duarte[26] consideram que o registo é um elemento da regular produção do efeito real. Nesta perspectiva, o negócio válido e eficaz é uma condição necessária, mas não suficiente, para a produção de efeitos reais; é ainda necessária a verificação de um modo – a feitura do registo.

Aderimos à última tese apresentada. De facto, entendemos que o regime da constituição de hipoteca convencional consubstancia uma excepção ao princípio da consensualidade, uma vez que a sua constituição depende de um negócio (*titulus*) – existente, válido e procedente – e do respectivo registo (*modus adquirendi*).

De facto, na nossa perspectiva, quando o negócio hipotecário não padece de causas de inexistência, de invalidade ou de ineficácia, verifica-se uma condição necessária para a produção do efeito real, mas a esta não é suficiente. Sem registo não há direito real de hipoteca. Assim sendo, como é evidente, cumpre distinguir as questões atinentes à existência, à validade e à eficácia do negócio, do quesito da existência de registo. Recordamos, por um lado, que o negócio hipotecário é objecto de um exame de legalidade a realizar pelo conservador nos mesmos termos de qualquer outro negócio. Por isso, naturalmente, o negócio há de existir, ser válido e eficaz ou ser apto a produzir efeitos reais, antes da apresentação para registo.[27] E, por outro, que a ineficácia do negócio pode resultar de uma causa distinta da falta de realização do registo (*v.g.*, da representação sem poderes, nos termos do art. 268º do Código Civil, que se projecta no registo, sendo a inscrição lavrada como provisória por natureza, nos termos da al. *f*) do nº 1 do art. 92º do Código do Registo Predial).

Em síntese, segundo o nosso entendimento, o registo não é elemento formativo do negócio, nem tão pouco um requisito de eficácia do negócio. Mas é elemento da própria constituição deste direito real de garantia. Neste caso, o registo é requisito da própria produção do efeito real. Sem registo não existe hipoteca convencional. Daí que reconheçamos a este registo uma função ou efeito constitutivo.

Antes do registo do negócio hipotecário, segundo o nosso entendimento, apenas existe, na esfera jurídica do credor, a faculdade de solicitar a inscrição registal do título, a qual, uma vez lavrada, fará surgir a hipoteca.[28]

Vejamos, com o pormenor devido, as razões que justificam a posição por nós adoptada.

Actualmente é inquestionável que a soberania que confere um direito real de garantia *não se traduz apenas no poder de o seu titular satisfazer o seu crédito, à custa do valor da coisa onerada, mediante recurso à venda judicial, mas sim no poder de o seu titular promover tal venda, de modo a satisfazer o seu crédito, à custa do valor da coisa onerada*,[29] *com preferência sobre os credores comuns e sobre os credores que disponham de uma garantia de grau inferior*.[30]

De facto, hoje não existem dúvidas de que a soberania própria dos direitos reais de garantia se traduz *no poder de execução privilegiada de coisa certa e determinada*. Por isso, tornou-se inquestionável o facto de a característica da preferência ser conatural a um direito real de garantia. Efectivamente, uma garantia real desprovida de prioridade ou de preferência é algo de inconcebível, porque contrário à soberania própria do direito real em apreço. Ou seja, tal como não se pode falar de um qualquer direito real desprovido de eficácia *erga omnes* e de um direito real de gozo destituído de prevalência, também

---

[23] Entre outros, vide: LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed. rev. e act. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 706;
VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, vol. II, reimp. da 7ª ed. Almedina: Coimbra, 2001, p. 557.
COSTA, Almeida. *Direito das Obrigações*, 12ª ed. rev. e act., Coimbra: Almedina, 2009, p. 938 (e nota dois da mesma página).
ASCENSÃO, Oliveira. *Efeitos substantivos do registo predial na ordem jurídica portuguesa*, loc. cit., p. 15.
_____. *Direito Civil, Reais*. Op. cit., p. 357-358.
ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e Teoria dos Registos.* Op. cit., p. 210, 211.
LEITÃO, Luís Menezes. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 213.
HÖrster. *A função do registo como meio de protecção do tráfico jurídico*. Regesta, nº 70, p. 273 e ss,1986; Regesta, nº 71, 1986; p. 282, nota 9 , 1986.
SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Invalidade e Registo* – A protecção do terceiro adquirente de boa fé. Op. cit., p. 215-216.
CAMPOS, Isabel Menéres. *Da Hipoteca* – Caracterização, Constituição e Efeitos, reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 187-188.

[24] Cfr. Fernandes, Carvalho. *Lições de Direitos Reais*, 6ª ed., reimp. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 134.
"[...] o negócio jurídico de que nasce a hipoteca, só por si, não é título suficiente da constituição desse direito, ainda que seja elemento necessário. Deste modo, só com o registo esse negócio se torna perfeito, apto a produzir os seus efeitos. Ao negócio constitutivo da hipoteca, quando não registado, falta, pois, um elemento."

[25] Cfr. CARVALHO, Orlando de. Direito das Coisas. As grandes formas de ordenação do domínio. Modalidades de direitos das coisas (adenda policopiada). Coimbra, 1977, nº 10, p. 6; Terceiros para efeitos de registo, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. LXX, 1994, p. 99.

[26] Cfr. DUARTE, Rui Pinto. *Curso de Direitos Reais*, 2ª ed. rev. e aum. Estoril: Principia, 2007, p. 143-144, 220.
No mesmo sentido vide, ainda: FONSECA, Ana Maria Taveira da. Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis. *Cadernos de Direito Privado*, nº 20, p. 15.

[27] Em face do exposto, não concordamos com Hörster que defende o carácter não constitutivo da hipoteca convencional e considera que tal é revelado pelo seguinte exemplo:
"Um interdito por anomalia psíquica contraiu, durante um intervalo lúcido prolongado, um empréstimo hipotecário. Ao sair do cartório do notário, cruza-se com o seu tutor ao qual dá de imediato conta da sua proeza. Obviamente, o tutor pode pedir a anulação do negócio, ou seja, dos "factos constitutivos da hipoteca", sem promover o seu registo."
De facto, é evidente que pode ser pedida a anulação do negócio hipotecário, uma vez que, como afirmámos no texto, cumpre distinguir as questões atinentes à existência, à validade e à eficácia do negócio do quesito da existência de registo, mas tal não obsta a que se afirme que a existência da hipoteca convencional depende de um título (existente, válido e procedente) e, de um modo, sendo este o registo.

[28] Para Rubino, L'ipoteca immobiliare e mobiliare, in *Trattato di Diritto Civile e Comerciale, diretto* dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo, vol. XIX, p. 229, antes do registo há um "direito pessoal à hipoteca", ou "um direito a adquirir a hipoteca".

[29] Excepção feita, claro está, à consignação de rendimentos que atribui ao seu titular o direito de satisfazer o seu crédito à custa dos rendimentos da coisa onerada e, por isso, não lhe concede qualquer poder de promover a venda judicial.

[30] Como se sabe, nada obsta a que sobre a mesma coisa incidam várias garantias reais. De facto, tal poder "admite a concorrência de direitos congéneres desde que exista uma escala ou graduação. Ora é essa graduação que resulta, na nossa lei, [...] para a hipoteca, do art. 686º, nº 1, para os privilégios, dos arts. 7450 e segs., e, para o direito de retenção, do art. 7590, nº 2".
Cfr. CARVALHO, Orlando de. *Direito das Coisas*. Coimbra: Centelha, 1977, p. 237.
Por outra via, não existe incompatibilidade entre diversas garantias reais válidas e eficazes que recaiam sobre a mesma coisa, uma vez que o direito real de garantia permite a concorrência ou é "em si mesmo talhado para ser compatível com ela". Relativamente à mesma coisa, pode surgir um conflito entre dois ou mais direitos de garantia, válidos e plenamente eficazes. Dirime-se o conflito conferindo preferência no pagamento a determinado credor (em regra, ao credor cuja garantia se tornou eficaz em primeiro lugar) ou, por outras palavras, graduando ou hierarquizando as garantias.
Para o concurso de hipotecas cfr. art. 7.130; para o concurso de hipotecas e privilégios cfr. art. 7.510; para o concurso entre hipoteca e consignação de rendimentos cfr. art. 6.860, 1; para o concurso entre hipoteca e direito de retenção cfr. art. 7.590, 2; para o concurso entre privilégio imobiliário e hipoteca ou (e) consignação de rendimentos ou (e) direito de retenção cfr. art. 7.510. (Todos os artigos referidos são do Código Civil).

não se pode falar de um direito real de garantia sem preferência ou prioridade.

Porque assim é, naturalmente, hoje seria inaceitável definir o direito real de garantia como *o direito real constituído em uma coisa em virtude da qual o credor fica com o direito de se pagar pelo preço dessa coisa*.[31]

Acresce que sempre que a preferência de uma garantia real dependa do registo, o mesmo é dizer, sempre que o grau da garantia seja fixado pela data da inscrição do facto jurídico, antes da respectiva inscrição registal, não se pode dizer que a garantia exista, é oponível *erga omnes* e que apenas não viu consolidada tal oponibilidade. Na verdade, em virtude de a preferência da garantia real depender do registo, a própria garantia depende dele. Ou seja, antes do registo não há preferência e sem preferência não há oponibilidade *erga omnes*; portanto, antes do registo não há direito real de garantia.

Contra, não procede a objecção segundo a qual também os direitos reais de gozo só são oponíveis a quaisquer terceiros depois de serem publicitados pelo registo e, portanto, só com este se beneficiam da característica da prevalência. De facto, para além de as situações serem diversas, não corresponde à verdade que os direitos reais de gozo só se beneficiam da característica da preferência após a respectiva inscrição registal. Efectivamente, o titular de um direito real de gozo adquire o direito antes de obter o correspondente registo e o mesmo é eficaz *erga omnes*. Por isso, mesmo antes do registo, o poder em que se traduz (de usar, fruir, dispor e, eventualmente, transformar) pode ser plenamente exercido, prevalecendo, não só perante os direitos de crédito e os direitos pessoais de gozo que não possam aceder ao registo, mas, ainda, perante aqueles que, podendo aceder, efectivamente não tenham sido publicitados. E isto porque o direito real é naturalmente oponível erga omnes, enquanto um direito de crédito e um direito pessoal de gozo apenas são oponíveis inter partes e, mesmo que possam ser publicitados pelo registo, para se tornarem oponíveis *erga omnes*, como é evidente, enquanto tal não ocorrer só são eficazes *inter partes*. Acresce que um direito real de gozo, mesmo que não publicitado, prevalece sobre todos os outros direitos reais posteriormente constituídos, com ele incompatíveis, se também estes estiverem sujeitos a registo – sob pena de não serem oponíveis a "terceiros"– e não tiverem sido publicitados, de acordo com a regra *prior in tempore potior in iure* – que, segundo o nosso entendimento, não é mais do que um corolário do carácter *absoluto do direito real e da eficácia dele decorrente*.[32] Em resumo, o direito real de gozo nasce e é plenamente eficaz, beneficiando-se, consequentemente, da prevalência e da sequela, antes do registo, perante quem quer que seja. Mas, como já nos referimos, caso um terceiro – em sentido rigoroso e restrito – adquira posteriormente um direito incompatível e obtenha com prioridade o registo, verá o seu direito prevalecer e, em consequência, porque não podem passar a existir dois direitos incompatíveis sobre o mesmo objecto, o direito que nunca acedeu ao registo decai ou é onerado.

Ao invés, um direito real de garantia cuja preferência seja determinada pela data do registo, efectivamente, só existe e é eficaz *erga omnes* depois de ser publicitado pelo registo. De facto, *o poder de execução privilegiada de coisa certa e determinada* não existe antes do registo e, portanto, o seu pretenso titular não o pode exercer em data anterior, uma vez que não passa de um credor quirografário. Por isso, não poderá reclamar o seu crédito em uma acção executiva movida por outro credor, mesmo que este também seja credor comum.[33] Por outro lado, sendo certo que, antes do registo, o pretenso titular da garantia real pode intentar uma acção executiva e vê-la ser julgada procedente, com prejuízo para outros credores comuns, não se pode duvidar que tal ocorre não porque o exequente seja titular de qualquer garantia real antes da propositura da acção, mas sim porque obtém a penhora dos bens e o respectivo registo.

Em face do exposto, a partir do momento em que se aceite que a hipoteca é um direito real de garantia, tem de se reconhecer que esta atribui ao seu titular a soberania ou *o poder característico de qualquer direito real de garantia, ou seja, o poder de execução privilegiada de coisa certa e determinada e não apenas o direito de se pagar pelo preço da coisa certa e determinada*.[34] Consequentemente, há de negar-se a existência de uma hipoteca desprovida de preferência. E, obviamente, sendo a preferência da hipoteca fixada pela data da respectiva inscrição registal e não pela data ou pela qualidade do título, não haverá como negar que o registo desempenha uma função constitutiva, uma vez que dele depende a oponibilidade *erga omnes* da hipoteca, ou seja, a sua existência enquanto direito real.[35]

---

[31] Noção de hipoteca, na vigência do Código de Seabra, nas palavras de: MOREIRA, Guilherme. *Instituições de Direito Civil Português*, II, *Das Obrigações*. Op. cit., p. 398, 399.

[32] Considerando a soberania típica dos direitos reais de gozo, ou seja, o poder de praticar sobre a coisa determinados actos (de uso, fruição, disposição e, eventualmente, transformação) indicados por lei, facilmente se conclui que não é possível a incidência simultânea de dois direitos reais de gozo conflituantes e incompatíveis sobre a mesma coisa. De facto, o poder directo e imediato sobre uma coisa, em que tal direito se traduz, exclui a existência de outro poder directo e imediato incompatível sobre a mesma coisa, o mesmo é dizer de outro direito real de gozo que atinja as faculdades que ele se reserva sobre a res.
O acabado de afirmar não impede, naturalmente, que sobre a mesma coisa incindam em simultâneo diversos direitos reais quer de género diverso, quer do mesmo género, mas implica que sobre determinada coisa só possa existir um *jus in re* na medida em que ele seja compatível com outro *jus in re* que recaia sobre ela.
Portanto, o poder directo e imediato em que um direito real de gozo se traduz faz com que este prevaleça em relação a todos os direitos de igual natureza que sobre a mesma coisa se constituam em momento posterior e com ele sejam incompatíveis.

[33] E isto porque o processo de execução deixou de ter, desde 1961, o carácter colectivo universal que revestia em 1939 – e o aproximava da falência ou da insolvência civil –, só admitindo a intervenção dos credores com garantias reais sobre os bens penhorados (cfr. nº 1 do art. 788º do actual Código de Processo Civil) e, portanto, independentemente do facto de se considerar que a penhora atribui ao exequente um direito real de garantia.

[34] Recordamos que o nº 1 do art. 686º do Código Civil dá a seguinte noção de hipoteca.
"A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo."
Acresce que o art. 695º do Código Civil estatui a nulidade da convenção que proíbe o respectivo dono de alienar ou onerar os bens hipotecados, "já que, com a alienação ou oneração da coisa, em nada são prejudicados os direitos do credor, dados os direitos de sequela e de prioridade que lhe são atribuídos".
Cfr. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed. rev. e act. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 718.

[35] Como resulta do acabado de afirmar, mesmo que actualmente existisse uma disposição legal nos termos da qual a hipoteca negocial, tal como qualquer outro negócio real, antes do respectivo registo, fosse inoponível a terceiros, desde que o seu grau ou preferência fosse determinado pela data da respectiva inscrição registal, teríamos de negar carácter real à "hipoteca", antes de ser lavrada a respectiva inscrição registal. De facto, se tal ocorresse, não poderíamos negar que o negócio hipotecário, antes do assento registal, produzia efeitos em relação às partes, seus herdeiros e representantes, mas não lhe reconheceríamos efeitos reais. Concretizando, entenderíamos que, antes do registo, o negócio hipotecário, por um lado, fazia surgir, na esfera jurídica do credor, do devedor e de qualquer interessado, a faculdade de solicitar a inscrição registal e, por outro, produzia certos efeitos obrigacionais – *v.g.*, o credor, nas hipóteses previstas na lei, poderia exigir o reforço ou a substituição da garantia convencionada, mas ainda não existente; o herdeiro a quem coubesse, na partilha mortis causa, o objecto do negócio hipotecário, perante o credor, seria o responsável pela dívida e por ela responderia o bem herdado; caso fosse intentada acção executiva, não podiam ser excutidos outros bens do devedor enquanto não tivesse excutido o bem objecto do negócio hipotecário. Mas o negócio hipotecário, antes do registo, não constituiria a hipoteca. Isto porque, se é certo que, entre nós, é ao legislador que compete elencar os direitos reais, tal como determinar o critério pelo qual se fixa o grau dos direitos reais de garantia, também é inquestionável que não compete ao legislador dar a definição de direito real e que lhe está vedada a possibilidade de prever a existência de um direito real destituído de eficácia *erga omnes*, uma vez que tal eficácia, como referimos, não é mais do que um corolário da soberania que caracteriza o *ius in re*.
Por outra via, não tendo o "credor hipotecário", antes da inscrição registal, o direito de ser pago com preferência em face dos restantes credores não poderia ser havido como titular de um direito dotado de eficácia *erga omnes*.

Por isso, perante o art. 687º do Código Civil e o nº 2 do art. 4º do Código do Registo Predial, nos termos dos quais *a hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes*, não temos dúvidas em reafirmar que o registo da hipoteca convencional – tal como o da hipoteca legal, ou judicial – desempenha uma função constitutiva, assumindo, por isso, o papel de modo.

Portanto, em matéria de hipoteca, vigora a modalidade de aquisição típica de um sistema de *título e de modo*: não basta o título para que nasça o direito real de garantia; é ainda preciso um modo – a inscrição registal. Havendo título, antes do registo, na esfera jurídica do credor, apenas existe *a faculdade jurídica, concedida por lei, de solicitar a inscrição registal*.

Em resumo, quando em causa esteja uma hipoteca convencional, o negócio hipotecário, tal como qualquer outro negócio real, é simultaneamente obrigacional e dispositivo, uma vez que através dele se perfecciona, também, o acordo das partes quanto à constituição da hipoteca, mas é insuficiente para produzir o efeito real, sendo necessário o registo. Assim, antes do registo do negócio hipotecário, não obstante já haver um título existente, válido e procedente, ainda não existe, na esfera jurídica do credor, a hipoteca. Existe, isso sim, *a faculdade de solicitar a inscrição registal do título*,[36] a qual, depois de lavrada, faz surgir a hipoteca.[37; 38]

De facto, a partir do momento em que se aceite que a hipoteca é um direito real de garantia, tem de se reconhecer que esta atribui ao seu titular a soberania ou *o poder característico de qualquer direito real deste tipo, ou seja, o poder de execução privilegiada de coisa certa e determinada e não apenas o direito de se pagar pelo preço da coisa certa e determinada*. Consequentemente, há de negar-se a existência de uma hipoteca desprovida de preferência. E, obviamente, sendo a preferência da hipoteca determinada pela data da respectiva inscrição registal e não pela data ou pela qualidade do título, não haverá como negar que o registo desempenha uma função constitutiva, uma vez que dele depende a oponibilidade *erga omnes* da hipoteca, ou seja, a sua existência enquanto direito real.

2.1 *A hipoteca e as garantias ocultas – a causa da sua fragilidade* – Cabe salientar que no sistema português, tal como na generalidade dos ordenamentos jurídicos, existem garantias ocultas, não registadas, que, em alguns casos, prevalecem sobre os direitos do credor hipotecário.

O credor hipotecário pode, assim, deparar-se com direitos prioritários que nem sequer teve a possibilidade de conhecer e que surgiram após a sua hipoteca, o que obviamente retira a esta o papel de protagonista no quadro dos direitos reais de garantia.

É o que ocorre com os privilégios creditórios imobiliários especiais[39] que, embora posteriores à hipoteca, prevalecem sobre ela, bem como com o direito de retenção.

Assim, o art. 751º do Código Civil estatui: "os privilégios imobiliários

---

[36] Através de uma declaração unilateral e receptícia dirigida aos serviços de registo. Sublinhe-se que, como resulta implicitamente do exposto, a inscrição registal pode e deve ser lavrada com base no pedido do credor desacompanhado de qualquer declaração de consentimento do devedor para que possa ocorrer a modificação do estado tabular.
Por fim, saliente-se que, sendo celebrado o negócio hipotecário, a faculdade de solicitar a inscrição registal não é concedida, por lei, apenas ao credor, mas, também, ao devedor, a qualquer interessado e a qualquer pessoa obrigada a promover o registo.
Recordamos que o princípio da instância encontrava-se consagrado no art. 4º do Código do Registo Predial de 1967 e no art. 41º do Código do Registo Predial de 1984 – antes do Decreto-Lei nº 116/2008 –, e significava que, em regra, o processo de registo era desencadeado a pedido dos interessados. O nosso sistema, em princípio, deixava aos particulares a opção de tomarem a iniciativa para que os actos de registo se pudessem efectuar, estando vedado ao conservador, normalmente, fazer o registo sem que este lhe tivesse sido pedido, sob pena da sua nulidade (cfr. al. e) do art. 16º do Código do Registo Predial).
A reforma introduzida, pelo Decreto-Lei nº 116/2008, manteve inalterado o princípio da instância (cfr. art. 41º do Código do Registo Predial), tendo apenas alterado o elenco de legitimados a solicitar o registo: os sujeitos, activos ou passivos, da respectiva relação jurídica e, em geral, todas as pessoas que nele tenham interesse ou que estejam obrigadas à sua promoção (cfr. art. 36º do Código do Registo Predial).

[37] Contra o carácter constitutivo da hipoteca convencional, não procede, também, o argumento segundo o qual a lei não prevê a extinção da hipoteca decorrente do cancelamento do registo efectuado com base no válido consentimento do credor, desde logo, porque, apesar da ausência de previsão legal, na nossa perspectiva, na hipótese em apreço, a hipoteca convencional, efectivamente, extingue-se, uma vez que fica privada de grau ou preferência.Recordamos que, provavelmente, o legislador nacional não previu a extinção da hipoteca decorrente do cancelamento do registo com base no válido consentimento do credor porque tal foi a posição defendida por Vaz Serra aquando da elaboração do projecto do actual Código Civil.
Passamos a transcrever o afirmado, a este propósito, pelo insigne mestre:
"Em regra, o cancelamento faz-se quando se extingue a hipoteca; e, como o registo foi considerado elemento constitutivo da hipoteca no código italiano, indicou-se aí o cancelamento como causa de extinção das hipotecas (art. 2.878º, nº 1º).
No entanto, apesar de se ter proposto também a doutrina de que a hipoteca, antes do registo, não existe como tal, nem sequer entre as partes, parece preferível não mencionar o cancelamento entre as causas de extinção da hipoteca. É que poderia supor-se que, cancelado o registo da hipoteca, esta não pode tornar a ser registada, quando pode acontecer que o cancelamento não implique tal impossibilidade.
O registo da hipoteca pode, por exemplo, ser cancelado devido a nulidade da inscrição por deficiência de formalidades, o que não impede que se faça de novo o registo sempre com base no título constitutivo da hipoteca",
Cfr. SERRA, Vaz. *Hipoteca*. Op. cit., p. 320.
Refira-se, por fim, que, entendendo-se que o cancelamento do registo, com base no válido consentimento do credor, não obsta a uma posterior inscrição da hipoteca convencional, mediante a apresentação do mesmo título, naturalmente tem de se afirmar que a nova inscrição apenas produz efeitos ex nunc e, portanto, que a hipoteca só "renasce" para o futuro

[38] Sendo o registo da hipoteca constitutivo, o legislador, através do Decreto-Lei nº 116/2008, não deveria ter previsto a sua obrigatoriedade, uma vez que esta, se revelava desnecessária: por um lado, porque não existia a possibilidade de surgir um conflito capaz de perturbar o comércio jurídico imobiliário e, por outro, porque a eficácia constitutiva da inscrição era mais forte para os interessados do que qualquer coacção para forçar a que se inscrevesse. Acresce que, estando em causa uma hipoteca convencional, como é evidente, limitava-se a possibilidade de o credor optar entre solicitar ou não a feitura do registo e, assim, ver ou não constituída a hipoteca. O acabado de referir era evidente quando se sabia que, estando em causa um negócio hipotecário, a obrigação de promover o registo impendia, em primeira linha, sobre o titulador e não sobre o credor, sujeito activo do negócio hipotecário (cfr. nºs 1 e 2 do art. 8º - B do Decreto-Lei nº 116/2008).
Do mesmo modo, o Decreto-Lei nº 116/2008 não devia ter imposto a obrigatoriedade do registo de cancelamento da inscrição da hipoteca quando este era lavrado com base no consentimento do credor. De facto, também aqui a obrigatoriedade se revelava desnecessária – a eficácia constitutiva do assento de cancelamento que conduzia à extinção da hipoteca era mais forte para os interessados do que qualquer coacção para forçar a feitura do registo; e podia limitar a liberdade do credor que, não obstante já ter consentido no cancelamento da inscrição da hipoteca, bem podia pretender solicitar o assento registal mais tarde.
Não limitaria a liberdade do credor sempre que o documento de que constasse o seu consentimento, para que fosse efectuado o cancelamento da hipoteca, fosse assinado na presença de funcionário de serviço de registo no momento do pedido (cfr. nº 2 do art. 56º do Código do Registo Predial).
Ao invés, já poderia ocorrer tal limitação se o referido documento contivesse a assinatura do credor reconhecida presencialmente, uma vez que, nos termos do nº 7 do art. 8º -B do Código do Registo Predial, quando o registo de cancelamento de hipoteca devesse ser requerido isoladamente, a respectiva promoção constituía obrigação do titular do direito de propriedade.
O afirmado acabou por ser reconhecido pelo legislador que, no Decreto-Lei nº 125/2013, de 30 de agosto, logo no preâmbulo veio afirmar: "reformula-se o regime da obrigatoriedade de submissão de actos a registo, tornando-o facultativo quanto a factos que não são susceptíveis de produzir efeito real antes do registo. Uma vez que, relativamente a estes factos, não existe possibilidade de conflito capaz de perturbar o comércio jurídico imobiliário, não se justifica tal obrigatoriedade, com o prazo e a cominação que lhe são inerentes". E que, em consonância, alterou a al. a) do nº 1 do art. 8º -A, tendo passado a integrar como factos não sujeitos a registo obrigatório "*iv*) a constituição de hipoteca e o seu cancelamento, neste último caso se efectuado com base em documento de que conste o consentimento do credor".

[39] O privilégio creditório é o direito atribuído por lei a certos credores de serem pagos com preferência sobre os demais, em atenção à natureza dos seus créditos independentemente de registo (cfr. art. 733º do Código Civil).

preferem à consignação de rendimentos, à hipoteca ou ao direito de retenção, mesmo que estas garantias sejam anteriores".[40]

Quanto ao direito de retenção, dispõe o art. 759º, nº 2, do Código Civil que o crédito do retentor prevalece sobre qualquer hipoteca, ainda que registada anteriormente, e goza de oponibilidade *erga omnes*.[41]

2.2 *A segurança conferida pelo Registo Público aos credores hipotecários* – A propósito das hipotecas, cumpre ainda referir que, não obstante as fragilidades referidas, os credores hipotecários, em Portugal, graças ao pleno funcionamento do Sistema Público de Registo, que garante um controlo *ex ante*, estão longe de passar pela situação dos credores estadunidenses que sofreram com Mortgage Gate ou Mersgate.

A este propósito recordemos o afirmado por Fernando Méndez:

O Mortgage Electronic Registration System (MERS) permitiu a securitização acima do seu real valor e a comercialização sem a documentação imposta por lei e sem registo de "pacotes de hipotecas". Assim, verificaram-se cessões massivas de créditos hipotecários sem que o novo credor passasse a constar do registo. Do registo constava, permanentemente, como credor o MERS.

Acresce que o MERS apenas dava conhecimento do novo credor hipotecário ao devedor se aquele o consentisse e o devedor não conseguia saber quem era o seu credor, porque, como se acabou de referir, do Registo Público continuava a constar o MERS.

Esse encobrimento facilitou a explosão de uma prática de empréstimos predatórios – *subprime*, mas não somente esses – da qual não poderiam ser responsabilizados os prestamistas, porque não podiam ser identificados quer pelos prestatários, quer pelos investidores enganados na compra de pacotes de hipotecas sem valor.

Este procedimento facilitou o tráfico das hipotecas e desconectou os registos públicos dos reais titulares das hipotecas, uma vez que os ocultou. Acresce que, quando os reais credores quiseram executar as hipotecas foram confrontados com o facto de não constarem do registo como credores.

Ora, antes do MERS não era possível vender, com benefício, hipotecas sem valor. Antes do MERS tampouco era possível para as entidades financeiras ocultar a extensão do risco das perdas financeiras como consequência das práticas de empréstimos predatórios e nem a revenda e securitização fraudulenta desses empréstimos, que não eram comercializáveis. Por fim, antes do MERS, o beneficiário real de todo o *deed of trusts* sobre cada terreno nos EUA podia ser rapidamente conhecido, consultando-se simplesmente os registros públicos.

Ao invés, depois do MERS, os direitos de excussão da hipoteca foram transferidos para uma entidade tão gigantesca, que a comunicação se tornou impossível. Ela apenas estava interessada em uma coisa: obter da execução hipotecária o maior proveito possível.[42]

B) A eficácia do registo, em Portugal, no âmbito de factos frequentes em períodos de crise ou de recessão económica (penhora e declaração de insolvência)

3. A penhora

A penhora, em sentido amplo, pode ser definida como um conjunto de actos ordenados, complementares e funcionalmente ligados, com vista a produzir um efeito único: a vinculação dos bens à satisfação do direito creditício do exequente ou, mais rigorosamente, a vinculação dos bens ao processo, assegurando a viabilidade dos futuros actos executivos.[43]

Em sentido estrito, por seu turno, a penhora traduz-se em um acto de apreensão judicial de bens, que supõe a prévia identificação e individualização dos bens que hão de ser vendidos ou adjudicados para a satisfação do direito de crédito do exequente, e dela decorrem efeitos jurídicos.

---

[41] Saliente-se que o Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido de os privilégios imobiliários gerais não poderem prevalecer sobre a hipoteca, nos termos do art. 751º do Código Civil, sob pena de inconstitucionalidade. Fundamentou a sua decisão no princípio da confiança ínsito no Estado de Direito, por um lado, porque o credor, ao constituir a garantia hipotecária não pode conhecê-los ou certificar-se da sua inexistência, dado que são garantias ocultas, uma vez que não constam do registo e o princípio da confidencialidade tributária impossibilita os sujeitos de saberem se a outra parte é ou não devedor do Estado ou da Segurança Social. Por outro, porque em causa está um privilégio geral, que abrange todos os bens do devedor, com os quais não está necessariamente conexionado, levando a sua subsistência, com a amplitude referida, a uma "lesão desproporcionado do comércio jurídico".
Vide: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão nº 362, 17 set. 2002; Acórdão nº 363, 16 out. 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt.>.

[42] O Código Civil prevê não só o direito de retenção com carácter genérico, no art. 754º, para os casos em que o crédito do recusante sobre o titular da coisa tenha resultado de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados, como também, no art. 755º, a lei admite um direito de retenção especial, em determinadas situações tipificadas.
O grau preferência conferido ao direito de retenção fundamenta-se na natureza dos actos que dão lugar aos créditos do retentor da coisa. Se o crédito resulta normalmente de despesas com a fabricação, conservação ou melhoramento de coisa alheia, haverá que atribuir-lhe, no concurso, um lugar prioritário. Essas despesas devem ficar totalmente a cargo dos que têm direitos sobre a coisa, porque todos as aproveitam e não seria justo que se locupletassem à custa de quem as realizou. Isto vale por dizer que, se as despesas para a manutenção e a conservação da coisa não tivessem sido realizadas, a coisa poderia ter perecido e, então, nem o seu proprietário, nem o credor hipotecário, nem qualquer outro credor poderiam realizar o seu direito. É essa a razão da preferência. Além disso, os créditos que gozam de direito de retenção são em regra quantias de pequeno montante, que o devedor, titular da coisa, pode com relativa facilidade pagar.
Mas, sublinhe-se, nenhuma destas razões colhe no caso do direito de retenção do promitente-comprador, previsto na alínea f), do nº 1, do art. 755º.
Tal preceito foi introduzido na sequência das alterações de 1980 e 1986 ao regime do contrato-promessa e tem sido objecto de duras e vigorosas críticas por parte da doutrina dominante. Os propósitos do Decreto-Lei nº 236/1980, de 18 de julho, eram claros: pretendia-se proteger o promitente-comprador, de imóvel destinado a habitação própria permanente, contra o risco derivado da inflação galopante que se vivia na época e que induzia, muitas vezes, o promitente-vendedor a não cumprir o contrato, pois era mais vantajoso pagar o dobro do sinal e alienar o imóvel a um terceiro a preço actualizado e, portanto, com grande lucro.
O legislador visou desmotivar o promitente-vendedor da fuga ao respeito pelo pactuado, no entanto, acabou por conceder tutela privilegiado ao promitente-comprador, sempre que haja *traditio*, mesmo que o objecto do contrato não se destine a habitação própria permanente do promissário.
Ora, como se referiu, nenhuma das circunstâncias especiais que estão na base do comum das situações geradoras do direito de retenção (conexão funcional entre o crédito e a coisa e reduzido montante da quantia em dívida) aproveita aos casos de promessa de compra e venda (com entrega da coisa que seja objecto do contrato prometido). De facto, nada garante que a quantia entregue a título de sinal ao promitente-vendedor tenha sido empregue na construção ou valorização do imóvel. E, além disso, esses créditos, derivados do incumprimento da promessa, podem ascender ao valor da coisa, um montante geralmente elevado.
Acresce que não se compreende o favorecimento concedido ao promitente-comprador quando é evidente que este, quando celebrou o contrato, conhecia ou não podia ignorar a existência da hipoteca.
Saliente-se que o Tribunal Constitucional já proferiu acórdão sobre a eventual inconstitucionalidade de normas do art. 755º, nº 1, alínea f) e do art. 759º, nº 2, quer por violação do mínimo de segurança exigível em um Estado de Direito, quer pela violação do direito de propriedade (lato sensu), também constitucionalmente protegido, tendo concluído que não existe qualquer inconstitucionalidade na interpretação segundo a qual o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, estribando-se em argumentos como a tutela dos interesses do consumidor e das expectativas de estabilização do negócio decorrentes de ter havido tradição da coisa. E isto, sem ter em consideração o facto de o contrato-promessa não ter, necessariamente, por objecto um imóvel para habitação própria permanente e de nem sempre o promitente-comprador representar um "consumidor" carecido de reforçada protecção, além de não poder invocar a existência de sólidas expectativas resultantes da tradição da coisa, uma vez que, para todos os efeitos, conhece a existência da hipoteca, pois esta supõe o respectivo registo.
Vide: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão* nº 356, 19 maio de 2004. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

[43] GONZÁLEZ, Fernando Méndez. Mortgage Gate: as incertezas sobre a exequibilidade das hipotecas geridas pelo Mortgage Electronic Registration System nos Estados Unidos. *Registro Público de Imóveis Electrónico* – Riscos e Desafios, p. 30, ss, *maxime*, p. 84-86.

3.1 *Âmbito subjectivo da penhora* – De acordo com os arts. 601º, 817º e 818º do Código Civil e com o art. 735º do Código de Processo Civil, os credores têm o poder de agredir ou fazer executar o património debitório, respondendo pelas dívidas todos os bens e apenas os bens (penhoráveis) que façam parte desse património no momento da execução, ficando libertos da garantia os bens entretanto saídos do património e ficando a ela sujeitos os bens entretanto nele ingressados.

Podem, portanto, ser agredidos os bens que façam parte do património do devedor, já não os que façam parte do património de um terceiro, salvo nos casos especialmente previstos na lei substantiva, em que respondem bens de um terceiro *se a execução tiver sido movida contra ele*.

Segundo o art. 818º do Código Civil, o direito de execução só pode incidir sobre bens de terceiro quando tais bens estejam vinculados à garantia do crédito – por exemplo, no caso de ter sido prestada uma fiança[44] ou de ter sido constituída uma garantia real[45] (cfr. arts. 658º, nº 2, 667º, nº 2, e 686º, todos do Código Civil), ou quando sejam objecto de acto praticado em prejuízo do credor que tenha sido procedentemente impugnado (cfr. art. 616º, nº 1, do Código Civil).

Salvaguardadas as hipóteses referidas, repetimos: o legislador apenas atribui ao credor o poder de agredir bens existentes no património do devedor.[46]

3.2 *Realização da penhora* – A penhora de imóveis, no sentido estrito a que nos estamos a referir, enquanto acto de apreensão judicial dos bens imóveis – desde o Decreto-Lei nº 38/2003, de 8 de março, que procedeu à reforma da acção executiva –, realiza-se nos termos do nº 1 do art. 755º do Código de Processo Civil, após todas as diligências úteis à identificação ou localização de bens penhoráveis, através de uma declaração electrónica receptícia (comunicação) do agente de execução dirigida ao serviço de registo competente, ou com a apresentação naquele serviço de declaração por ele subscrita.

Emitida, transmitida e recepcionada a comunicação à conservatória do registo, a mesma valerá como apresentação para o efeito da inscrição no registo.

O mesmo é dizer que a referida comunicação tem um duplo valor: vale como acto de apreensão e, consequentemente, como título com base no qual pode ser lavrado o registo, e vale como pedido do registo da penhora. E, como tal, deve ser objecto de apresentação no Livro Diário, o correspondente ao Livro de Protocolo Brasileiro.

Deste modo, em Portugal, foi eliminado qualquer lapso de tempo entre a data em que ocorre a apreensão judicial do imóvel e a data em que é solicitado o registo da mesma, assim se impedindo que o executado, após a apreensão judicial dos bens, ainda os aliene ou onere em prejuízo da execução, uma vez que, sendo lavrado o registo, a sua data coincide com a da apresentação (cfr. art. 77º do Código de Registo Predial).[47]

---

[44] No mesmo sentido vide: MESQUITA, Miguel. *Apreensão de bens em processo executivo e oposição de terceiro*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 60-61 e nota 130.

[45] Segundo o art. 745º do Código de Processo Civil:
"1 – Na execução movida contra devedor subsidiário, não podem penhorar-se os bens deste, enquanto não estiverem excutidos todos os bens do devedor principal, desde que o devedor subsidiário fundadamente invoque o benefício da excussão, no prazo a que se refere o nº 1do artigo 728º.
2 – Instaurada a execução apenas contra o devedor subsidiário e invocando este o benefício da excussão prévia, pode o exequente requerer, no próprio processo, execução contra o devedor principal, que será citado para integral pagamento.
3 – Se a execução tiver sido movida apenas contra o devedor principal e os bens deste se revelarem insuficientes, pode o exequente requerer, no mesmo processo, execução contra o devedor subsidiário, que será citado para pagamento do remanescente.
4 – Tendo os bens do devedor principal sido excutidos em primeiro lugar, pode o devedor subsidiário fazer sustar a execução nos seus próprios bens, indicando bens do devedor principal que hajam sido posteriormente adquiridos ou que não fossem conhecidos.
5 – Quando a responsabilidade de certos bens pela dívida exequenda depender da verificação da falta ou insuficiência de outros, pode o exequente promover logo a penhora dos bens que respondem subsidiariamente pela dívida, desde que demonstre a insuficiência manifesta dos que por ela deviam responder prioritariamente".

[46] Nos termos do art. 752º do Código de Processo Civil:
"1 – Executando-se dívida com garantia real que onere bens pertencentes ao devedor, a penhora inicia-se pelos bens sobre que incida a garantia e só pode recair noutros quando se reconheça a insuficiência deles para conseguir o fim da execução.
2 – Quando a penhora de quinhão em património autónomo ou de direito sobre bem indiviso permita a utilização do mecanismo do nº 2 do artigo 743º e tal for conveniente para os fins da execução, a penhora começa por esse bem".

[46] No ordenamento jurídico português, tal como no brasileiro, nem todos os bens existentes no património do devedor são susceptíveis de serem penhorados. De facto, a lei portuguesa considera certos bens absolutamente impenhoráveis – por exemplo, os bens do domínio público, os túmulos etc. – e outros como relativamente impenhoráveis – por exemplo, segundo o nº 1 do art. 737º do Código de Processo Civil, "estão isentos de penhora, salvo tratando-se de execução para pagamento de dívida com garantia real, os bens do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas colectivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública".
Acresce que existem, também, bens que são, apenas, parcialmente penhoráveis. Por exemplo, apenas podem ser penhorados dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado.
Entre os bens susceptíveis de serem penhorados, total ou parcialmente, em Portugal, rege a regra segundo a qual: *a penhora começa pelos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização* (cfr. o nº 1 do art. 751º do Código de Processo Civil).
Segundo o nº 3 do art. 735º do Código de Processo Civil, a penhora limita-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução, as quais se presumem, para o efeito de realização da penhora e sem prejuízo de ulterior liquidação, no valor de 20, dez e cinco por cento do valor da execução, consoante, respectivamente, este caiba na alçada do tribunal de comarca, a exceda, sem exceder o valor de quatro vezes a alçada do tribunal da relação, ou seja, superior a este último valor.
E, de acordo com o nº 1 do art. 751º do Código de Processo Civil, que prescreve a ordem de realização da penhora, *a penhora começa pelos bens cujo valor pecuniário se mostre adequado ao montante do crédito do exequente*.
Mas, de acordo com o nº 3 do mesmo preceito legal, ainda que não se adeqúe, por excesso, ao montante do crédito exequendo, é admissível a penhora de bens imóveis ou do estabelecimento comercial, desde que a penhora de outros bens presumivelmente:
a) não permita a satisfação integral do credor no prazo de doze ou dezoito ou seis meses, no caso de a dívida, respectivamente, não exceder, ou exceder metade do valor da alçada do tribunal de 1ª instância e o imóvel for a habitação própria permanente do executado;
b) presumivelmente não permita a satisfação integral do credor no prazo de seis meses, nos restantes casos.

[47] Por fim, refira-se que, depois de inscrita a penhora, o agente de execução "lavra o auto de penhora e procede à afixação, na porta ou noutro local visível do imóvel penhorado, de um edital, constante de modelo aprovado por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça." (Cfr. o nº 3 do art. 755º do Código de Processo Civil).

Saliente-se, por fim, que o registo da penhora tem natureza urgente e importa a imediata feitura dos registos anteriormente requeridos sobre o bem penhorado (cfr. nº 5 do art. 755º do Código de Processo Civil).

3.3 *Efeitos substantivos decorrentes da penhora de um bem imóvel e da subsequente venda em execução* (*arts. 819º, 822º e 824º do Código Civil*) – Do ponto de vista processual, como já nos referimos, pela penhora são identificados e individualizados os bens que hão de ser vendidos ou adjudicados para pagamento ao exequente e/ou aos credores reclamantes. Esses bens ficam, por isso, adstritos aos fins da execução, devendo conservar-se e não podendo ser distraídos desse fim.

Mas esta função instrumental, meramente processual, não poderia ser cumprida se a lei não reconhecesse à penhora efeitos substantivos. Ou seja, a praticabilidade dos actos ulteriores de adjudicação, venda e pagamento ao exequente dificilmente seria conseguida se não houvesse a certeza de que este acto processual originaria efeitos materiais.

Passamos a fazer referência a dois dos referidos efeitos materiais da penhora.

A saber: a ineficácia relativa dos actos subsequentes de alienação, oneração ou de arrendamento; a aquisição, pelo exequente, do direito a ser pago com preferência em face de qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior à custa do valor dos bens penhorados e, consequentemente, a aquisição, pelo exequente, de um direito real de garantia.[48]

3.3.1 *A ineficácia relativa dos actos subsequentes de alienação, oneração ou de arrendamento* – Os bens, uma vez aprendidos e efectuados os respectivos registos – o que ocorre em simultâneo, como já referimos –, deixam, juridicamente, de poder ser alienados, onerados ou dados de arrendamento em detrimento da execução.

Foto: César Duarte

Dito de outra forma, os actos de alienação, oneração ou o arrendamento dos bens penhorados realizados após a data da efectivação da diligência e respectivo registo, não produzem efeitos em relação ao exequente, aos credores reclamantes e ao tribunal.

Mas tais actos podem ser registados definitivamente, uma vez que o registo da penhora é anterior e prevalece, de acordo com o princípio da prioridade.

Por outro lado, o registo de tais factos aquisitivos não impede o registo definitivo da aquisição no processo executivo, não obstante a regra do trato sucessivo ou da continuidade, uma vez que o registo da aquisição no processo executivo é consequência da penhora anteriormente registada e segundo o art. 34º, nº 4, do Código de Registo Predial:

> No caso de existir sobre os bens registo de aquisição ou reconhecimento de direito susceptível de ser transmitido ou de mera posse, é necessária a intervenção do respectivo titular para poder ser lavrada nova inscrição definitiva, salvo se o facto for consequência de outro anteriormente inscrito.

E, repetimos, como é evidente, o registo de aquisição, no processo executivo, é consequência do registo da penhora anteriormente lavrado.

Depois da aquisição ocorrida no processo executivo, tais factos — de alienação, oneração ou arrendamento — caducam automaticamente.[49]

3.3.2 *A aquisição, pelo exequente, do direito a ser pago com preferência em face de qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior à custa do valor dos bens penhorados e, consequentemente, a aquisição, pelo exequente, de um direito real de garantia* – O credor exequente adquire "o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior", à custa do valor do bem previamente determinado ou individualizado (cfr. art. 822º, nº 1, do Código Civil).[50] O que vale por dizer que o credor exequente adquire o poder de satisfazer o seu crédito à custa do valor de bem certo e determinado, com preferência em face dos demais credores, que não beneficiem de garantia real anterior. Portanto, e em resumo, na nossa perspectiva, o credor exequente adquire um direito real de garantia.[51]

Com a penhora, o credor exequente deixa de ser apenas titular de um direito de crédito, torna-se titular de um direito real de garantia que visa assegurar a satisfação privilegiada do direito de crédito com base no qual intentou a acção executiva.

---

[48] Os outros efeitos materiais são os seguintes:
– A transferência para o tribunal dos poderes de gozo que o executado ou terceiros exerçam sobre os bens. Efectivamente, apesar de o executado continuar a ser o proprietário do bem — ou o titular de outro direito real de gozo —, até à venda ou adjudicação, com a penhora ele perde os poderes de facto que exercia sobre a coisa, os quais se transferem para o tribunal, sendo constituído depositário o agente de execução (cfr. art. 756º do Código de Processo Civil). No entanto, o executado pode ser fiel depositário, quando o exequente o consinta ou ocorrer alguma das seguintes circunstâncias:
a) o bem penhorado constituir a casa de habitação efectiva do executado, caso em que é este o depositário;
b) o bem estar arrendado, caso em que é depositário o arrendatário;
c) o bem ser objeto de direito de retenção, em consequência de incumprimento contratual judicialmente verificado, caso em que é depositário o retentor. (Cfr. nº 1 do art. 756º do Código de Processo Civil).
– A perda, pelo executado, do direito aos frutos produzidos pelo bem imóvel apreendido. De facto, segundo o nº 1 do art. 758º do Código de Processo Civil:
"A penhora abrange o prédio com todas as suas partes integrantes e os seus frutos, naturais ou civis, desde que não sejam expressamente excluídos e nenhum privilégio exista sobre eles".
Não obstante, segundo o art. 758º, nº 2, do Código de Processo Civil, os frutos pendentes podem ser penhorados em separado, como coisas móveis, contanto que não falte mais de um mês para a época normal da colheita; se assim suceder, a penhora do prédio não os abrange, mas podem ser novamente penhorados em separado, sem prejuízo da penhora anterior.

[49] Posteriormente, veremos o que ocorre com os respectivos registos.

[50] Preferência que é perfeitamente compreensível, tendo em conta que o processo de execução deixou de ter, desde 1961, o carácter colectivo universal que revestia em 1939 – e o aproximava da falência ou da insolvência civil –, só admitindo a intervenção dos credores com garantias reais sobre os bens penhorados. Na verdade, a penhora obtida por um dos credores pode ser um benefício para todos os outros, evitando a dissipação dos bens, e é justo que tire desse benefício algum proveito o exequente.

[51] No mesmo sentido vide, entre outros: SERRA, Vaz. Realização coactiva da prestação (execução – regime civil). *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, nº 73, Lisboa, p. 82 e ss,1958.
COSTA, Almeida. *Noções de Direito Civil*, 2ª ed., p. 260.
FREITAS, Lebre de. *A acção executiva à luz do código revisto*. Op. cit., p. 218 e ss.
MESQUITA, Miguel. *Apreensão de bens em processo executivo e oposição de terceiro*. Op. cit., p. 70.

Este direito real de garantia apresenta, no entanto, eficácia limitada, no sentido em que a sua eficácia depende, por um lado, da não verificação de qualquer causa que possa conduzir ao levantamento da penhora e, por outro, da não ocorrência da insolvência do executado.

Por último, a preferência do exequente cessa (por motivos processuais) se, admitido o pagamento a prestações da dívida exequenda e sustada a execução, algum credor reclamante requerer o prosseguimento da execução, desde que, notificado o exequente, este prescinda da penhora (cfr. nº 1 do art. 807º do Código de Processo Civil).

3.4 *Harmonização entre os interesses do exequente e os interesses dos demais credores do executado que se beneficiem de um direito real de garantia* – Quanto à harmonização entre os interesses do exequente e dos demais credores do executado que se beneficiem de direitos reais de garantia sobre os bens penhorados, registados em data anterior à do registo da penhora, o direito português optou por um sistema de intervenção destes credores na execução pendente. Caracteriza-se este sistema pela possibilidade de os credores com garantias reais sobre os bens penhorados – e só eles – reclamarem os seus créditos, após serem convocados (arts. 786º e 788º, ambos do Código de Processo Civil) e de serem pagos, após a verificação e graduação dos créditos, com preferência ao exequente (art. 822º do Código Civil e 873º, nº 2, do Código de Processo Civil), que só tenha a seu favor a preferência resultante da penhora e respectivo registo.

Esta intervenção destina-se a permitir que esses credores oponham ao exequente, na própria execução instaurada por esse, as preferências ligadas às garantias reais que possuem sobre os bens penhorados (art. 604º, nº 2, do Código Civil) e que lhes permitem ser pagos, com preferência a qualquer outro credor, através do produto da venda desses bens (arts. 788º, nº 1 e 796º, nº 2, do Código de Processo Civil) ou da adjudicação destes (art. 799º, nº 2, do Código de Processo Civil).[52]

Porque assim é, os credores dotados de garantias reais sobre os bens penhorados não podem deduzir embargos de terceiro à execução.

E os referidos credores devem reclamar o seu crédito, pois de acordo com o nº 2 do art. 824º do Código Civil, se não o fizerem verão caducar os seus direitos com a venda judicial.[53]

De facto, a caducidade dos direitos reais é um efeito automático da aquisição em processo de execução e, como tal, está documentada no título de transmissão.

Através deste nº 2 do art. 824º do Código Civil, o legislador português visou restringir o âmbito do concurso de direitos reais existente sobre os bens alienados para, assim, evitar a depreciação do valor desses bens.

Refira-se que, actualmente, não existe necessidade de despacho judicial que determine o cancelamento dos registos correspondentes aos direitos reais que caducam nos termos do nº 2 do art. 824º do Código Civil. Efectivamente, nos termos do art. 827º do Código de Processo Civil, para o qual remete o art. 811º do mesmo diploma legal:

> 1 – Mostrando-se integralmente pago o preço e satisfeitas as obrigações fiscais inerentes à transmissão, os bens são adjudicados e entregues ao proponente ou preferente, emitindo o agente de execução o título de transmissão a seu favor, no qual se identificam os bens, se certifica o pagamento do preço ou a dispensa do depósito do mesmo e se declara o cumprimento ou a isenção das obrigações fiscais, bem como a data em que os bens foram adjudicados.
>
> 2 – Seguidamente, o agente de execução comunica a venda ao serviço de registo competente, juntando o respectivo título, e este procede ao registo do facto e, oficiosamente, ao cancelamento das inscrições relativas aos direitos que tenham caducado, nos termos do nº 2 do artigo 824º do Código Civil.

Por isso, o actual nº 5 do art. 101º do Código de Registo Predial estatui que a inscrição da aquisição, em processo de execução, de bens penhorados determina o averbamento oficioso de cancelamento dos registos dos direitos reais que caducam nos termos do nº 2 do artigo 824º do Código Civil.

Saliente-se, por fim, que, de acordo com o preceituado no art. 48º -A do actual Código de Registo Predial, o registo da aquisição por venda em processo judicial é efectuado com base em comunicação electrónica do agente de execução, com indicação da identificação do proponente, remidor ou preferente e dos bens a que respeitam.

3.5 *Extinção da penhora e cancelamento do respectivo registo* – Efectuada a penhora, ela irá, em princípio, subsistir até a venda ou adjudicação do bem penhorado. Extinta a execução, deixa de subsistir a penhora.

Mas a penhora pode extinguir-se por causa diferente da venda executiva ou da adjudicação de bens, quer essa causa implique a realização do fim da execução, quer não. É o que ocorre nas seguintes hipóteses:

- paragem da execução durante seis meses por negligência do exequente (cfr. arts. 763º, nº 1, 772º e 783º, todos do Código de Processo Civil);
- procedência da oposição à penhora (cfr. art. 785º, nº 6, do Código de Processo Civil);
- procedência dos embargos de terceiro (cfr. art. 342º e ss do Código de Processo Civil); etc.

Assim, cumpre fazer uma distinção consoante a extinção da penhora decorra da venda executiva – na qual incluímos a adjudicação de bens – ou por causa diferente da venda executiva –, quer essa causa implique a realização do fim da execução, quer não.

---

[52] Saliente-se que, segundo o estatuído no nº 4 do art. 788º do Código de Processo Civil:
"Não é admitida a reclamação do credor com privilégio creditório geral, mobiliário ou imobiliário, quando:
a) A penhora tenha incidido sobre bem só parcialmente penhorável, nos termos do artigo 738º, renda, outro rendimento periódico, veículo automóvel, ou bens móveis de valor inferior a 25 UC; ou
b) Sendo o crédito do exequente inferior a 190 UC, a penhora tenha incidido sobre moeda corrente, nacional ou estrangeira, depósito bancário em dinheiro; ou
c) Sendo o crédito do exequente inferior a 190 UC, este requeira procedentemente a consignação de rendimentos, ou a adjudicação, em dação em cumprimento, do direito de crédito no qual a penhora tenha incidido, antes de convocados os credores".
No entanto, de acordo com o nº 6 do mesmo preceito legal, "a ressalva constante do nº 4 não se aplica aos privilégios creditórios dos trabalhadores".
Acresce que nos termos do nº 3 do art. 796º do Código de Processo Civil, sem prejuízo da exclusão do nº 4 do art. 788º do mesmo diploma legal, a quantia a receber pelo credor com privilégio creditório geral, mobiliário ou imobiliário, é reduzida até 50% do remanescente do produto da venda, deduzidas as custas da execução e as quantias a pagar aos credores que devam ser graduados antes do exequente, na medida do necessário ao pagamento de 50% do crédito do exequente, até que este receba o valor correspondente a 250 UC, salvo se em casa estiverem privilégios creditórios dos trabalhadores.

[53] Assim, o concurso de credores visa, hoje, expurgar os bens – que hão de ser adjudicados, vendidos ou remidos – dos direitos reais de garantia que, porventura, os oneram. Não constitui, como no passado, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, uma forma de cumular execuções contra o mesmo devedor.

3.5.1 *Extinção da penhora decorrente da venda executiva (ou adjudicação dos bens) e cancelamento do respectivo registo* – Extinta a execução, deixa de subsistir a penhora. De facto, a extinção da execução não supõe qualquer sentença, mas é, isso sim, um efeito automático dos factos que constituem as causas de extinção, devendo ser notificada ao executado, ao exequente e aos credores reclamantes.

Nos termos do nº 3 do art. 849º do Código de Processo Civil, a extinção da execução é comunicada, por via electrónica, ao tribunal, sendo assegurado pelo sistema informático o arquivo automático e electrónico do processo, sem a necessidade de intervenção judicial ou da secretaria.

Acresce que, nos termos do nº 1 do art. 58º do Código de Registo Predial, nos casos em que a acção já não esteja pendente, caso o serviço de registo não consiga aceder à informação necessária por meios electrónicos, o cancelamento dos registos de penhora, arresto e outras providências cautelares faz-se com base na certidão passada pelo tribunal competente que comprove essa circunstância e a causa, ou ainda, nos processos de execução fiscal, a extinção ou não existência da dívida à Fazenda Pública.

Para que o registo da penhora seja cancelado, o conservador tem de estar seguro de que, tendo ocorrido venda executiva — ou adjudicação — do bem, a aquisição foi previamente registada ou, então, de que tal venda — ou adjudicação — não ocorreu. Dado que, de acordo com o nº 3 art. 58º do Código de Registo Predial, o conservador não pode proceder ao cancelamento do registo da penhora sem estar previamente registada a aquisição na execução. O que se justifica completamente, uma vez que o cancelamento prematuro do registo da penhora poderia inviabilizar o futuro registo de aquisição a favor do adquirente na execução. Por exemplo, se o executado alienar o bem penhorado após o registo da penhora, e o adquirente obtiver o registo da aquisição na pendência do registo da penhora, o cancelamento prematuro da penhora inviabilizaria, em virtude do princípio do trato sucessivo ou da continuidade das inscrições, o registo da aquisição a favor do adquirente na execução, uma vez que tornaria inaplicável a parte final do nº 4 do art. 34º do Código de Registo Predial.[54]

Por fim, o cancelamento do registo de penhora é efectuado oficiosamente, nos termos do nº 5 do art. 101º do Código do Registo Predial.

3.5.2 *Extinção da penhora por causa diversa da venda executiva e cancelamento do respectivo registo* – Cumpre fazer uma distinção consoante a acção ainda se encontre pendente ou não.

I) *Caso a acção ainda se encontre pendente* – A penhora pode ter sido levantada pelo agente de execução, no exercício dos seus poderes, ou com base em despacho judicial. Sendo tais decisões, naturalmente, o título da extinção da penhora.

O cancelamento do registo da penhora, por seu turno, na primeira hipótese, é efectuado com base na comunicação do agente de execução ao serviço de registo competente. Na segunda, tem o proprietário ou titular do bem ou direito penhorado o direito de requerer, no prazo de dois meses a contar da data em que tiver sido titulado o facto jurídico extintivo (arts. 8º -A, nº 1, alínea a), 8º -B, nº 1 e 8º -C, nº 1, do Código do Registo Predial), o cancelamento do registo com base no despacho judicial transitado em julgado.

II) *Caso a execução já não se encontre pendente* – Abrem-se, também aqui, diversos cenários de extinção da penhora.

Designadamente:

- no caso de procedência da oposição à execução com extinção total da execução (cfr. o nº 4 do art. 732º do Código de Processo Civil), como esta (a extinção da execução) constitui uma consequência directa e automática do trânsito em julgado da decisão que julga procedente a oposição à execução, será também tal decisão o título de extinção da penhora.
- nos casos de pagamento voluntário (cfr. 846º, nº 1 do Código de Processo Civil) ou de desistência do exequente (cfr. 848, nº 1 do Código de Processo Civil) – desde que, no prazo previsto no artigo 850º, nº 2 do Código de Processo Civil, o credor com garantia real sobre o bem penhorado não requeira a renovação da execução, assumindo a posição de exequente –, como, actualmente, não está prevista uma sentença que ponha termo ao processo, na nossa perspectiva, será a comunicação do solicitador da execução, a que se refere o nº 3 do artigo 849º do Código de Processo Civil, o suporte formal do título de extinção da penhora, uma vez que é a *constatação processual* que dá lugar à notificação ao exequente, ao executado e aos credores reclamantes, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, bem como ao arquivamento dos autos.[55]

Por seu turno,

> o título que serve de base ao cancelamento do registo de penhora, que não tenha dado lugar a venda executiva, há de ser o documento ou acto processual em que se fundamenta o efeito extintivo a publicitar, e os demais elementos processuais, positivos ou negativos, que compõem o conjunto de factos de que promana aquele efeito extintivo (artigos 13ª e 43ª do CRP), a representar em certidão judicial extraída dos autos de execução.[56]

Isto enquanto o serviço não puder aceder à informação por meios electrónicos, uma vez que, nos termos do nº 1 do art. 58º do Código de Registo Predial, "se a acção de execução já não estiver pendente, o cancelamento do registo desta penhora pode também fazer-se com base na certidão que comprove essa circunstância e a causa" (art. 58º, nº 1 do CRP).[57]

Nestas hipóteses, o cancelamento do registo de penhora deve ser promovido pelo proprietário ou titular do bem ou direito (arts. 8º -A, nº 1, alínea a), 8º -B, nº 1 e 8º -C, nº 1, todos do Código de Registo Predial).

3.6 *Apresentação de duas hipotecas que se encontram previstas no âmbito da acção executiva* – A propósito da penhora, cumpre ainda fazer referência a duas hipotecas susceptíveis de virem a surgir no decurso do processo executivo.

A saber: a prevista no art. 807º e a prevista no art. 815º do Código de Processo Civil.

---

[54] Cfr. o actual nº 4 do art. 34º do Código de Registo Predial.

[55] Nesse sentido, vide: CONSELHO TÉCNICO DO INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO. Parecer proferido no processo n.º C. P. 62/2010 SJC-CT. Disponível em: <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2010/p-c-p-62-2010-sjc-ct/>.

[56] *Idem*.

[57] "Mas aqui a prova da extinção da penhora não se obtém já através do suporte formal ou processual do facto extintivo, antes se pode alcançar por via de um silogismo que integra o conhecimento do encerramento da execução (extinção da execução sem renovação) e da circunstância que a determinou, tratando-se, no fundo, de documento que não *certifica* ou *atesta* que a penhora se extinguiu mas que permite concluir isso mesmo." (Idem).

I) *A hipoteca prevista no art. 807º do Código de Processo Civil*

De acordo com o arts. 882º a 885º do Código de Processo Civil de 1961, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Lei nº 38/2003, que esteve em vigor até 1º de Setembro de 2013, o exequente e o executado podiam acordar no pagamento em prestações da dívida exequenda, definindo um plano de pagamento. Caso o fizessem, deviam comunicar o referido acordo ao agente de execução até a transmissão do bem penhorado ou, no caso de venda mediante proposta em carta fechada, até a aceitação de proposta apresentada.

Tal acordo determinava a suspensão da execução e, na falta de convenção em contrário, o crédito exequendo permanecia garantido com a penhora já feita na execução, que se mantinha até integral pagamento.[58]

O actual Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho, que entrou em vigor em 1º de setembro de 2013, no art. 806º, continua a prever que o exequente e o executado podem acordar no pagamento em prestações da dívida exequenda, definindo um plano de pagamento, e que, se o fizerem, devem comunicar o acordo ao agente de execução até a transmissão do bem penhorado ou, no caso de venda mediante proposta em carta fechada, até a aceitação de proposta apresentada.

No entanto, actualmente, tal comunicação determina a extinção da execução.

Por isso, para que o crédito exequendo não fique destituído de garantia, o art. 807º determina que se o exequente declarar que não prescinde da penhora já feita na execução, aquela se converte, automaticamente, em hipoteca, beneficiando esta garantia da prioridade da penhora. E o agente de execução deve comunicar à conservatória competente a conversão da penhora em hipoteca e a extinção desta após o cumprimento do acordo.[59]

Em virtude do agora estatuído no Código de Processo Civil, foi acrescentado ao Código do Registo Predial o art. 48º -B e alterada a al. b) do nº 2 do art. 101º do mesmo diploma legal.

O art. 48º -B do Código do Registo Predial estatui:

> O registo de hipoteca, por conversão de penhora nos termos do nº 1 do artigo 807º do Código de Processo Civil, é feito com base em comunicação do agente de execução, a qual deve conter, sendo o caso, declaração de que não houve renovação da instância nos termos do artigo 809º do Código de Processo Civil.

Por seu turno, a al. b) do nº 2 do art. 101º do mesmo diploma passou a determinar que são feitos por averbamento às respectivas inscrições a conversão do arresto em penhora e, ainda, da penhora em hipoteca.

Em face do exposto, a questão que se coloca, imediatamente, é a de saber qual a natureza desta hipoteca: será legal ou voluntária?

Estamos perante uma hipoteca legal quando a mesma resulta imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes, e pode constituir-se através do registo – solicitado por quem tem legitimidade nos termos do Código Civil e do art. 36º do Código do Registo Predial –, desde que exista a obrigação a que serve de segurança.

Ao invés, a hipoteca voluntária ou convencional é a que tem como título um contrato ou uma declaração unilateral e como modo o registo – solicitado por quem tem legitimidade nos termos do art. 36º do Código do Registo Predial.

Ora, na hipótese em análise, a hipoteca resulta:

- do acordo do exequente e do executado, quanto ao pagamento em prestações da dívida exequenda;
- da comunicação de tal acordo ao agente de execução, nos prazos legalmente previstos; comunicação esta que, como já referimos, determina a extinção da execução;
- da declaração do exequente de que não prescinde da penhora já feita na execução.

Mas também:

- da disposição legal que impõe a conversão da penhora;
- do registo que é lavrado com base em comunicação do agente de execução, a qual deve conter, sendo o caso, declaração de que não houve renovação da instância.

Em face do exposto, consideramos que em causa não está uma hipoteca legal, uma vez que a mesma não resulta imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes.

Na verdade, entendemos que em causa está uma hipoteca voluntária, cujo registo, por imposição legal, não é solicitado pelo sujeito activo ou passivo da relação jurídica, mas sim pelo agente de execução.

Saliente-se que, na nossa perspectiva, não obsta à qualificação de hipoteca voluntária o facto de a mesma resultar da conversão da penhora, a qual é imposta por lei. Isto porque se deve afirmar que o exequente sabia, ou devia saber, que o acordo em que interveio, a comunicação efectuada ao agente de execução e a declaração de que não prescindia da penhora serviria de base

---

[58] Acresce que a sustação da execução ficava sem efeito se algum credor reclamante, cujo crédito já estivesse vencido, requeresse o prosseguimento da execução para satisfação do seu crédito. Nesse caso, era notificado o exequente para, no prazo de dez dias:
– declarar se desistia da penhora;
– requer também o prosseguimento da execução para o pagamento do remanescente do seu crédito, ficando sem efeito o pagamento em prestações acordado.
A referida notificação era feita com a cominação de, nada dizendo o exequente, se entender que desistia da penhora efectuada.
Desistindo o exequente da penhora, o requerente assumia a sua posição.

[59] O art. 808º, por seu turno, estatui:
"1 – A falta de pagamento de qualquer das prestações, nos termos acordados, importa o vencimento imediato das seguintes, podendo o exequente requerer a renovação da execução para satisfação do remanescente do seu crédito, aplicando-se o disposto nº 4 do artigo 850º.
E o art. 809 prevê a renovação da instância caso algum credor reclamante, cujo crédito esteja vencido, o requeira para satisfação. Prevendo, ainda, que neste caso o exequente é notificado para, no prazo de 10 dias, vir declarar se desiste da garantia ou requerer também a renovação da instância para pagamento do remanescente do seu crédito, ficando sem efeito o pagamento em prestações acordado.
A referida notificação é feita com a cominação de, nada dizendo o exequente, se entender que desiste da penhora.
Desistindo o exequente desta garantia, "o requerente assume a posição de exequente, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos nºs 2 a 4 do artigo 850º.
2 – Na execução renovada, a penhora inicia-se pelos bens sobre os quais tenha sido constituída hipoteca ou penhor, nos termos do disposto no nº 1 do artigo 807º, só podendo recair noutros quando se reconheça a insuficiência deles para conseguir o fim da execução.
3 – Se os bens referidos no número anterior tiverem sido entretanto transmitidos, a execução renovada seguirá directamente contra o adquirente, se o exequente pretender fazer valer a garantia".

à referida conversão e ao respectivo registo, o mesmo é dizer, ao surgimento da hipoteca com a prioridade da penhora. E se, ainda assim, optou por tal actuação, foi porque se conformou com os efeitos decorrentes da lei.[60]

II) *A hipoteca prevista no art. 815º do Código de Processo Civil*

Segundo o estatuído no art. 815º, nº 2 – correspondente ao anterior art. 887º, nº 2 – a , não estando ainda graduados os créditos, o exequente que adquira bens pela execução apenas está obrigado a depositar a parte excedente à quantia exequenda e o credor com garantia sobre os bens que adquirir só é obrigado a depositar o excedente ao montante do crédito que tenha reclamado sobre os bens adquiridos.[61]

Mas, de acordo com o nº 3 do mesmo preceito legal – correspondente ao anterior nº 2 do art. 887º –, os bens imóveis adquiridos ficam hipotecados à parte do preço não depositada, consignando-se a garantia no título de transmissão e não podendo esta ser registada sem a hipoteca, salvo se o adquirente prestar caução bancária em valor correspondente.

Em face do exposto, consideramos que o legislador, neste artigo, prevê uma hipoteca legal, uma vez que a mesma resulta imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes. No entanto, tal hipoteca legal apresenta como especificidade o facto de poder ser substituída por caução, com base na mera vontade do exequente e, portanto, independentemente da autorização do tribunal, ao contrário do que ocorre em regra, segundo o nº 1 do art. 707º do Código Civil.

Acrescente-se, por fim, que se o agente de execução, violando a lei, não consignar a garantia no título de transmissão e, por isso, for registada a aquisição, sem que o seja a hipoteca, segundo o nosso entendimento, nada impedirá o interessado de solicitar o registo da hipoteca prevista na lei e de, assim, a constituir.

3.7 A hipótese de penhora de um bem registado a favor de pessoa diversa do executado — que conduz ao registo provisório por natureza da diligência e à aplicação do art. 119º do Código de Registo Predial[62] – Em Portugal, sucede com frequência que titularidades existentes não se encontram, todavia, publicadas, como na hipótese de o actual proprietário não haver ainda inscrito o facto jurídico de que provém o seu direito, dando azo a que o registo continue a declarar como dono do bem a pessoa que lho transmitiu.

Pode inclusive acontecer que o adquirente não solicite o registo, do seu facto aquisitivo, para ocultar aos seus credores a existência de tal bem no seu património.

Se o credor obtiver conhecimento do facto aquisitivo e da ausência do correspondente registo, tendo em conta que em Portugal os direitos reais se adquirem por mero efeito do contrato (cfr. art. 408º do Código Civil), nada o impede, do ponto de vista substantivo e processual, de requerer a penhora do bem adquirido pelo seu devedor.

No entanto, em Portugal, vigora, desde há muito, no direito registal, o princípio do trato sucessivo na segunda modalidade ou o princípio da continuidade das inscrições, o qual impede, salvo excepção consagrada na lei, o registo definitivo da penhora em tal hipótese.[63] Por isso, nesta hipótese, a penhora é registada como provisória por natureza (cfr. a alínea a) do nº 2 do art. 92º do Código do Registo Predial)[64] e converte-se em definitiva se o titular registal, depois de citado, disser que o bem não lhe pertence ou nada disser (cfr. art. 119º do Código do Registo Predial), uma vez que em tais hipóteses, na nossa perspectiva, o titular registal deixa de beneficiar da presunção da titularidade do direito e o legislador ficciona que o executado é o actual titular do bem.

Analisemos, então, com mais pormenor, as vantagens produzidas por estas duas normas.

Primeiro: o registo da penhora ao ser lavrado por natureza, nos termos do art. 92, nº 2, a), do Código do Registo Predial, tem um prazo de vigência, em princípio, de um ano, susceptível de ser prorrogado (e não apenas de seis meses sem possibilidade de prorrogação, como o seria caso fosse lavrado como provisório por dúvidas).

Segundo: o art. 119º do Código do Registo Predial, para o qual remete o nº 5 do art. 92º do mesmo diploma legal, impõe que, no caso da penhora, o agente de execução chame ao processo executivo o titular que figura no registo, para que este venha declarar, no prazo de dez dias, se o imóvel ainda lhe pertence ou não.

Se o citado declarar que os bens não lhe pertencem ou não fizer qualquer declaração, o tribunal ou o agente de execução comunica o facto ao serviço de registo para conversão oficiosa do registo (cfr. o nº 3 do art. 119º) de provisório para definitivo.

---

[61] Recordamos que, de acordo com a *Teoria dos efeitos prático-jurídicos*, os autores dos negócios jurídicos não têm de representar de forma completa os efeitos jurídicos correspondentes à sua vontade de ver produzidos efeitos práticos, uma vez que esses efeitos jurídicos completos serão determinados pela lei.

[62] Refira-se que, de acordo com o nº 1 do mesmo preceito legal, "o exequente que adquira bens pela execução é dispensado de depositar a parte do preço que não seja necessária para pagar a credores graduados antes dele e não exceda a importância que tem direito a receber e igual dispensa é concedida ao credor com garantia sobre os bens que adquirir".

[63] Sobre esta hipótese, vide: JARDIM, Mónica. Efeitos decorrentes do registo da penhora convertido em definitivo nos termos do artigo 119º do Código do Registo Predial. Loc. cit., p. 23 e ss.
JARDIM, Mónica. Arresto. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 33, nº 68, p. 240 e ss, jan.-jun., 2010.
Saliente-se, ainda, que o art. 119º também se aplica na hipótese de arresto ou declaração de insolvência quando em causa está um bem registado a favor de pessoa diversa do arrestado ou do insolvente.

[64] De acordo com este princípio, o transmitente de hoje tem de ser o adquirente de ontem e o titular inscrito de hoje tem de ser o transmitente de amanhã.
Enquanto pressuposto do processo registal que impõe a sequência linear e contínua dos factos inscritos, o trato sucessivo é, de algum modo, o reflexo tabular da regra *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, que domina a aquisição derivada.
Mas o princípio do trato sucessivo não se restringe à aquisição derivada, nem sequer se justifica como princípio de direito substantivo. *O trato sucessivo vai buscar, antes, as suas raízes e os seus fundamentos ao princípio da prioridade do registo e às presunções que do registo derivam para o respectivo titular*. Daí que o trato sucessivo se assuma como um dos pressupostos basilares do processo registal, determinando a sua inobservância, em regra, a provisoriedade por dúvidas do registo (arts. 68º a 70º do Código de Registo Predial) e constituindo a sua violação na realização do registo definitivo, causa de nulidade deste (art. 16º, al. e)).
Para mais pormenores, *vide*: JARDIM, Mónica. Efeitos decorrentes do registo da penhora convertido em definitivo nos termos do artigo 119º do Código do Registo Predial. *Cadernos de Direito Privado*, nº 9, jan.-mar. 2005.

[65] Em Portugal o registo pode ser lavrado como:
1 – Definitivo: quando o interessado solicita o registo e o conservador, após a qualificação, conclui que o registo pode ser realizado e produzir a eficácia que lhe é própria sem qualquer reserva.
2 – Provisório: por dúvidas ou por natureza.
Por seu turno, os registos provisórios podem sê-lo por dúvidas ou por natureza.
a) Os registos são lavrados como provisórios por dúvidas sempre que o conservador não os possa lavrar em conformidade com o pedido, por exemplo, nas seguintes hipóteses: incumprimento do princípio do trato sucessivo; falta de prova do cumprimento das obrigações fiscais; rasuras ou interlinhas nos documentos; falta de uma certidão etc..
O registo provisório por dúvidas tem um prazo de vigência de seis meses e converte-se em definitivo, quando as referidas dúvidas são eliminadas dentro do seu prazo de vigência.
b) Os registos são lavrados como provisórios por natureza, apenas e só, nas situações do art. 92º do Código de Registo Predial. Por exemplo, é lavrado como provisório por natureza o registo de hipoteca judicial antes do trânsito em julgado da sentença de condenação.
O registo provisório por natureza converte-se em definitivo quando ocorre outro facto que afaste a causa de provisoriedade. Assim, no exemplo dado, quando a decisão judicial transite em julgado.

Isso porque se ficciona que os bens pertencem ao devedor, ou seja, ficciona-se que o titular inscrito terá transmitido o seu direito para o agora executado e que este não requereu o registo a seu favor. Ou, por outra via, o registo da penhora converte-se em definitivo porque se toma o bem como livre de qualquer direito alheio e como se pertencesse exclusivamente ao arrestado ou ao executado.

Se o citado declarar que os bens lhe pertencem, o juiz remeterá os interessados para os meios processuais comuns – ou seja, para uma acção em que seja dirimida, entre as partes, a questão da titularidade do prédio –, expedindo-se igualmente certidão do facto, com a data da notificação da declaração, para ser anotada no registo (cfr. o n 4º do mesmo artigo).

O registo da acção declarativa na vigência do registo provisório é anotado neste e prorroga o respectivo prazo até que seja cancelado o registo da acção. E, no caso de procedência da acção, pode o interessado pedir a conversão do registo no prazo de dez dias a contar do trânsito em julgado (cfr. o nº 6 do mesmo preceito legal).

Em resumo, sendo o titular registal citado, a sua declaração negativa ou a falta de resposta operam a conversão em definitivo do registo da penhora.

Só na hipótese de o titular do registo vir dizer que continua, de facto, a ser o dono do prédio, o credor (exequente) será remetido para uma acção declarativa em que procurará demonstrar que a realidade tabular não corresponde à extrabular para, assim, afastar a presunção derivada do registo existente. Mas, ainda aqui, com o benefício de, registando esta acção, se manter a inscrição da penhora em vigor até ao desfecho daquela.

A acção declarativa prevista no nº 5 do art. 119º do Código do Registo Predial está inserida no processo do trato sucessivo e visa assegurar o cumprimento da norma do nº 4 do art. 34º daquele diploma legal, nos termos da qual é necessária a intervenção do titular do registo de aquisição para poder ser lavrada nova inscrição definitiva.

Trata-se de uma acção em que o credor procura demonstrar que a penhora está bem feita porque, afinal, o seu devedor é o verdadeiro titular dos bens e não aquele que consta do registo.

Ou seja, o que o autor da acção declarativa pretende obter é o suprimento da intervenção do titular registal, com o reconhecimento de que, apesar de este possuir o registo de aquisição a seu favor, no entanto, a correspondente presunção de propriedade (art. 7º do Código do Registo Predial) foi elidida e, consequentemente, já nada obsta – maxime o disposto no nº 4 do art. 34º do Código do Registo Predial – ao registo definitivo da penhora.

O art. 119º estabelece, assim, um conjunto de mecanismos tendentes a afastar a presunção derivada do registo de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que o registo o define (art. 7º, Código do Registo Predial).[65]

Desta forma, concilia-se a tutela do interesse do credor perante uma desactualização do registo, com a salvaguarda dos direitos do proprietário inscrito no registo.[66]

4. Processo de insolvência[67]

O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista em um plano de insolvência baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e na repartição do produto obtido pelos credores, como resulta do disposto no art. 1º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).[68]

Para o efeito, o administrador da insolvência desencadeia determinadas diligências, entre as quais figura a elaboração de um inventário dos bens e dos direitos que os onerem, bem como uma lista de credores, que integram o relatório, com vista à sua apreciação pela assembleia-geral de credores, nos termos previstos nos artigos 153º e ss do CIRE.

À alienação dos bens do insolvente presidem as regras do processo executivo, sem prejuízo de se dever observar, também, no que diz respeito às modalidades da alienação, o disposto no CIRE, sendo os bens vendidos livres dos direitos de garantia que os onerem e dos demais direitos reais, nos termos do disposto no nº 2 do artigo 824º do Código Civil.

De seguida, passamos a referir apenas alguns dos aspectos relevantes a propósito da declaração de insolvência.

4.1 *Quem pode ser declarado insolvente?* – Podem ser declarados insolventes:
a) quaisquer pessoas singulares ou colectivas;
b) a herança jacente;
c) as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais;
d) as sociedades civis;
e) as sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até a data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem;
f) as cooperativas, antes do registo da sua constituição;
g) o estabelecimento individual de responsabilidade limitada;
h) quaisquer outros patrimónios autónomos.[69]

---

[65] Nesse sentido, *vide*: CONSELHO TÉCNICO DA DIRECÇÃO GERAL DOS REGISTOS E DO NOTARIADO. *Parecer proferido no Proc*. nº 11/96 – RP 4; Proc. 141/99-DSJ/CT.
[66] Salientamos, no entanto, que o legislador, hoje como em 1959, não exige que se solicite ao titular registal qualquer informação sobre a pessoa a quem tenha transmitido o direito.
Assim, caso o titular registal já não seja titular do direito e o declare, nada garante ao tribunal que o bem tenha passado a pertencer ao arrestado ou executado.
[67] Por todos, *vide*: MARTINS, Alexandre Soveral. Alterações recentes ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: <estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/20699/1/alteracoes_CIRE.pdf>.
SERRA, Catarina. *O Regime Português da Insolvência*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.
EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2012. 4ª ed.
LEITÃO, Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* – Anotado, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.
[68] Aprovado pelo Decreto-Lei nº 53/04, de 18 de março, e actualizado pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei nº 53/2004 de 18 de março; Decreto-Lei nº 200/2004 de 18 de agosto; Decreto-Lei nº 76-A/2006 de 29 de março; Decreto-Lei nº 282/2007 de 7 de agosto; Decreto-Lei nº 116/2008 de 4 de julho; Decreto-Lei nº 185/2009 de 12 de agosto; Lei nº 16/2012, de 20 de abril; e Lei nº 66-B/2012, de 31 de dezembro.
[69] De acordo com o nº 2 do mesmo preceito legal:
"2 – Exceptuam-se do disposto no número anterior:
a) As pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais;
b) As empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento colectivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades".

É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (cfr. nº 1 do art. 3º do CIRE).[70]

Por seu turno, as pessoas colectivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta, são também considerados insolventes quando o seu passivo for manifestamente superior ao activo (cfr. nº 2 do art. 3º do CIRE).

Saliente-se, ainda, que se equipara à situação de insolvência actual a que for meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência (cfr. nº 4 do art. 3º do CIRE).

Por fim, refira-se que a data da declaração de insolvência corresponde à hora em que a sentença é proferida (cfr. art. 4º do CIRE).

4.2 *Sentença de declaração de insolvência* – De acordo com o art. 36º, nº 1 do CIRE, na sentença que declarar a insolvência, o juiz, além do mais, deve:

- indicar a data e a hora da respectiva prolação, considerando-se que ela teve lugar ao meio-dia na falta de outra indicação;
- identificar o devedor insolvente, com indicação da sua sede ou residência;
- nomear o administrador da insolvência, com indicação do seu domicílio profissional;
- decretar a apreensão, para imediata entrega ao administrador da insolvência, dos elementos da contabilidade do devedor e de todos os seus bens, ainda que arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos e sem prejuízo do disposto no nº 1 do art. 150º;
- designar prazo, até 30 dias, para a reclamação de créditos;
- advertir os credores de que devem comunicar prontamente ao administrador da insolvência as garantias reais de que se beneficiem.

4.3 *Efeitos da declaração de insolvência em relação ao devedor e a terceiros* – Proferida a sentença declaratória da insolvência, procede-se à imediata apreensão dos elementos da contabilidade e de todos os bens integrantes da massa insolvente (cfr. nº 1 do art. 149º).[71]

Além do mais, a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, os quais passam a competir ao administrador da insolvência (cfr. nº 1º).

Acresce que ao devedor fica interdita a cessão de rendimentos ou a alienação de bens futuros susceptíveis de penhora, qualquer que seja a sua natureza, mesmo tratando-se de rendimentos que obtenha ou de bens que adquira posteriormente ao encerramento do processo.

A declaração de insolvência determina a ineficácia dos actos realizados pelo insolvente em violação do disposto na lei, respondendo a massa insolvente pela restituição do que lhe tiver sido prestado apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa.

No entanto, tais actos não são ineficazes se forem celebrados a título oneroso com terceiros de boa-fé antes do registo da sentença da declaração de insolvência, nem forem de algum dos tipos referidos no nº 1 do art. 121º.

Por fim, a declaração de insolvência gera a resolução incondicional dos actos referidos no nº 1 do art. 121º, nos termos do qual:

> 1 – São resolúveis em benefício da massa insolvente os actos seguidamente indicados, sem dependência de quaisquer outros requisitos:
> a) partilha celebrada menos de um ano antes da data do início do processo de insolvência em que o quinhão do insolvente haja sido essencialmente preenchido com bens de fácil sonegação, cabendo aos cointeressados a generalidade dos imóveis e dos valores nominativos;
> b) actos celebrados pelo devedor a título gratuito dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, incluindo o repúdio de herança ou legado, com excepção dos donativos conformes aos usos sociais;
> c) constituição pelo devedor de garantias reais relativas a obrigações preexistentes ou de outras que as substituam, nos seis meses anteriores à data de início do processo de insolvência;
> e) constituição pelo devedor de garantias reais em simultâneo com a criação das obrigações garantidas, dentro dos 60 dias anteriores à data do início do processo de insolvência.

4.4 *Efeitos da declaração de insolvência sobre as acções pendentes* – Declarada a insolvência, todas as acções em que se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente, intentadas contra o devedor, ou mesmo contra terceiros, mas cujo resultado possa influenciar o valor da massa, e todas as acções de natureza exclusivamente patrimonial intentadas pelo devedor, são apensadas ao processo de insolvência, desde que a apensação seja requerida pelo administrador da insolvência, com fundamento na conveniência para os fins do processo (cfr. nº 1 do art. 85º).

Por outro lado, a declaração de insolvência determina a suspensão de quaisquer diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente e obsta à instauração ou ao prosseguimento de qualquer acção executiva intentada pelos credores da insolvência (cfr. nº 1 do art. 88º).[72] Acresce que as acções

---

[70] Sublinhe-se que a exoneração do passivo restante, instituída pelo Código da Insolvência, é uma das medidas especiais de protecção a pessoas singulares. A protecção em causa traduz-se no perdão da generalidade das dívidas que, caso esta medida não existisse, se manteriam até prescreverem. O que, na generalidade das situações, significaria que se manteriam durante 20 anos a contar da data de vencimento. Por isso se afirma que a exoneração do passivo restante permite um novo começo (*fresh start*).

[71] "Ainda que estes tenham sido:
a) Arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos, seja em que processo for, com ressalva apenas dos que hajam sido apreendidos por virtude de infracção, quer de carácter criminal, quer de mera ordenação social;
b) Objecto de cessão aos credores, nos termos dos artigos 831º e seguintes do Código Civil."
Caso os bens já tenham sido vendidos, a apreensão tem por objecto o produto da venda, se este ainda não tiver sido pago aos credores ou repartido entre eles (nº 2 do art. 149.).

[72] Porém, se houver outros executados, a execução prossegue contra estes.

executivas suspensas se extinguem, quanto ao executado insolvente, logo que o processo de insolvência seja encerrado (cfr. nº 3 do art. 88º).[73]

Por fim, nos termos do nº 1 do art. 89º, não podem ser propostas execuções para pagamento de dívidas da massa insolvente durante os três meses seguintes à data da declaração de insolvência.[74]

4.5 *Efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos* – Declarada a insolvência, desde logo, os credores apenas podem exercer os seus direitos durante a pendência do processo de insolvência (cfr. art. 90º).

Por um lado, de acordo com o estatuído no art. 91º:

> 1 – A declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva.
> 2 – Toda a obrigação ainda não exigível à data da declaração de insolvência pela qual não fossem devidos juros remuneratórios, ou pela qual fossem devidos juros inferiores à taxa de juros legal, considera-se reduzida para o montante que, se acrescido de juros calculados sobre esse mesmo montante, respectivamente, à taxa legal, ou a uma taxa igual à diferença entre a taxa legal e a taxa convencionada, pelo período de antecipação do vencimento, corresponderia ao valor da obrigação em causa.
> 3 – Tratando-se de obrigação fraccionada, o disposto no número anterior é aplicável a cada uma das prestações ainda não exigíveis.

Acresce que o art. 97º prescreve:

> 1 – Extinguem-se, com a declaração de insolvência:
> a) Os privilégios creditórios gerais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social constituídos mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência;
> b) Os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social vencidos mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência;
> c) As hipotecas legais cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, e que forem acessórias de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social;
> d) Se não forem independentes de registo, as garantias reais sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente, acessórias de créditos sobre a insolvência e já constituídas, mas ainda não registadas nem objecto de pedido de registo;
> e) As garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórias dos créditos havidos como subordinados.
> 2 – Declarada a insolvência, não é admissível o registo de hipotecas legais que garantam créditos sobre a insolvência, inclusive após o encerramento do processo, salvo se o pedido respectivo tiver sido apresentado em momento anterior ao da referida declaração, ou, tratando-se das hipotecas a que alude a alínea c) do número anterior, com uma antecedência de dois meses sobre a mesma data.

Por fim, refira-se que, de acordo com o n. 3º do art. 140º, na graduação de créditos não é atendida a preferência resultante de hipoteca judicial, nem a proveniente da penhora, mas as custas pagas pelo autor ou exequente constituem dívidas da massa insolvente.

4.6 *Registo* – Cumpre começar por referir que, de acordo com o nº 5 do art. 9º,

> têm carácter urgente os registos de sentenças e despachos proferidos no processo de insolvência, bem como os de quaisquer actos de apreensão de bens da massa insolvente ou praticados no âmbito da administração e liquidação dessa massa ou previstos em plano de insolvência ou de pagamentos.

Nos termos do art. 38º, nº 2, do CIRE, a declaração de insolvência e a nomeação de um administrador da insolvência são registadas oficiosamente, com base na respectiva certidão, para o efeito remetida pela secretaria. Sendo tais registos efectuados:

- na conservatória do registo civil, se o devedor for uma pessoa singular;
- na conservatória do registo comercial, se houver quaisquer factos relativos ao devedor insolvente sujeitos a esse registo;
- na entidade encarregada de outro registo público a que o devedor esteja eventualmente sujeito.

Acresce que, segundo o nº 3 do mesmo preceito legal, a declaração de insolvência é ainda inscrita no registo predial, relativamente aos bens que integrem a massa insolvente, com base em certidão judicial da declaração de insolvência transitada em julgado, se o serviço de registo não conseguir aceder à informação necessária por meios electrónicos, e em declaração do administrador da insolvência que identifique os bens.[75]

Portanto, o registo da declaração de insolvência está sujeito a Registo Predial, desde que da massa insolvente façam parte bens sujeitos a este registo, quer a entidade declarada insolvente esteja sujeita a registo público quer não.

---

[73] Nos termos previstos nas alíneas a) e d) do nº 1 do art. 230º, salvo para efeitos do exercício do direito de reversão legalmente previsto.
[74] "As acções, incluindo as executivas, relativas às dívidas da massa insolvente correm por apenso ao processo de insolvência, com excepção das execuções por dívidas de natureza tributária." (Nº 2 do mesmo preceito legal).
[75] Sublinhe-se que se no registo existir sobre os bens que integram a massa insolvente qualquer inscrição de aquisição ou reconhecimento do direito de propriedade ou de mera posse a favor de pessoa diversa do insolvente, deve o administrador da insolvência juntar ao processo certidão das respectivas inscrições (cfr. nº 5º do art. 38º), designadamente, porque, como já referimos, também à declaração de insolvência se aplica o processo de suprimento previsto no art. 119º do Código do Registo Predial já anteriormente referido a propósito da penhora.

Mas os efeitos variam.

Se em causa está uma entidade sujeita a registo público, o assento no Registo Predial tem efeito enunciativo, pois o que assume relevância, porque produz o efeito da oponibilidade da declaração de insolvência e da ineficácia dos actos que não estão elencados no nº 1 do art. 121º,[76] é o assento do registo público da entidade declarada insolvente (cfr. art. 81º, nº 6, a)).

Ao invés, se em causa está uma entidade não sujeita a registo público, o assento no registo predial da declaração de insolvência é condição de ineficácia em relação à massa insolvente do acto (que não integre um dos previstos no nº 1 do art. 121º) praticado pelo insolvente com um terceiro de boa-fé adquirente a título oneroso após a sentença declaratória de insolvência.

Portanto, os actos celebrados após a sentença de declaração de insolvência e antes do respectivo registo predial entre o devedor não sujeito a registo público e um terceiro de boa-fé e a título oneroso, desde que não se integrem no nº 1º do 121º, serão eficazes perante a massa insolvente.

Por fim, não podemos deixar de sublinhar que a inscrição de aquisição em processo de insolvência, de bens apreendidos, determina que se proceda oficiosamente ao averbamento de cancelamento dos direitos de garantia que os onerem e aos dos demais direitos reais que caduquem, ao abrigo das disposições combinadas do art. 827º, nº 2, do Código de Processo Civil e do artigo 101º, nº 5, do Código do Registo Predial.

4.7 *Processo Especial de Revitalização* – O CIRE integra, ainda, um processo pré-insolvencial: o Processo Especial de Revitalização (PER).

O PER é um processo especial, criado no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (cfr. arts. 17º - A a 17º - I do CIRE), que se destina a permitir a qualquer devedor, que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização económica, facultando-lhe a possibilidade de se manter activo no giro comercial, ou seja, de modo a obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente.[77]

Pode recorrer ao PER todo o devedor que se encontre comprovadamente em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, independentemente de o devedor ser uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva, ou mesmo um ente jurídico não personalizado (por ex. um património autónomo).[78]

Encontra-se em situação económica difícil o devedor que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito.

Por sua vez, encontra-se em situação de insolvência meramente iminente o devedor que anteveja que não poderá continuar a cumprir pontualmente as suas obrigações.

Nos termos do art. 17º -C (Requerimento e formalidades):

> 1 – O processo especial de revitalização inicia-se pela manifestação de vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, por meio de declaração escrita, de encetarem negociações conducentes à revitalização daquele por meio da aprovação de um plano de recuperação.
> 2 – A declaração referida no número anterior deve ser assinada por todos os declarantes, da mesma constando a data da assinatura.
> 3 – Munido da declaração a que se referem os números anteriores, o devedor deve, de imediato, adoptar os seguintes procedimentos:
> a) Comunicar que pretende dar início às negociações conducentes à sua recuperação ao juiz do tribunal competente para declarar a sua insolvência, devendo este nomear, de imediato, por despacho, administrador judicial provisório, aplicando-se o disposto nos artigos 32º a 34º, com as necessárias adaptações;
> b) Remeter ao tribunal cópias dos documentos elencados no nº 1 do artigo 24º, as quais ficam patentes na secretaria para consulta dos credores durante todo o processo.
> 4 – O despacho a que se refere a alínea a) do número anterior é de imediato notificado ao devedor, sendo-lhe aplicável o disposto nos artigos 37º e 38º.[80]

A nomeação, pelo juiz, do administrador judicial provisório, nos termos da alínea a) do nº 3 do art. 17º -C,

> obsta a instauração de quaisquer acções para cobrança de dívidas contra o devedor e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende,

---

[76] Passamos a transcrever o art. 121º:
"1 – São resolúveis em benefício da massa insolvente os actos seguidamente indicados, sem dependência de quaisquer outros requisitos:
a) Partilha celebrada menos de um ano antes da data do início do processo de insolvência em que o quinhão do insolvente haja sido essencialmente preenchido com bens de fácil sonegação, cabendo aos co-interessados a generalidade dos imóveis e dos valores nominativos;
b) Actos celebrados pelo devedor a título gratuito dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, incluindo o repúdio de herança ou legado, com excepção dos donativos conformes aos usos sociais;
c) Constituição pelo devedor de garantias reais relativas a obrigações preexistentes ou de outras que as substituam, nos seis meses anteriores à data de início do processo de insolvência;
d) Fiança, subfiança, aval e mandatos de crédito, em que o insolvente haja outorgado no período referido na alínea anterior e que não respeitem a operações negociais com real interesse para ele;
e) Constituição pelo devedor de garantias reais em simultâneo com a criação das obrigações garantidas, dentro dos 60 dias anteriores à data do início do processo de insolvência;
f) Pagamento ou outros actos de extinção de obrigações cujo vencimento fosse posterior à data do início do processo de insolvência, ocorridos nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência, ou depois desta mas anteriormente ao vencimento;
g) Pagamento ou outra forma de extinção de obrigações efectuados dentro dos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência em termos não usuais no comércio jurídico e que o credor não pudesse exigir;
h) Actos a título oneroso realizados pelo insolvente dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência, em que as obrigações por ele assumidas excedam manifestamente as da contraparte;
i) Reembolso de suprimentos, quando tenha lugar dentro do mesmo período referido na alínea anterior.
2 – O disposto no número anterior cede perante normas legais que excepcionalmente exijam sempre a má fé ou a verificação de outros requisitos."

[77] Sublinhe-se que, em face do período de crise que estamos a atravessar em Portugal, surgiram, ainda, outros mecanismos com o intuito de evitar a situação mais dramática da insolvência. Foi o que ocorreu, designadamente, através do Decreto-Lei nº 227/2012, de 25 de outubro, que criou o Plano de Acção Para o Risco de Incumprimento (Pari) e o Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (Persi). Bem como, com o Decreto-Lei nº 178/2012, de 3 de agosto, que criou o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (Sireve).

[78] Como é evidente, o devedor que já esteja impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações encontrando-se em situação de insolvência actual não pode recorrer ao PER.

[79] De acordo com o nº 1 art. 17º -I, o PER pode igualmente iniciar-se pela apresentação pelo devedor de acordo extrajudicial de recuperação, assinado pelo devedor e por credores que representem pelo menos a maioria de votos prevista no nº 1 do art. 212º, acompanhado dos documentos previstos no nº 2 do art. 17º -A e no nº 1 do art. 24º.
"2 – Recebidos os documentos mencionados no número anterior, o juiz nomeia administrador judicial provisório, aplicando-se o disposto nos artigos 32º a 34º com as necessárias adaptações, devendo a secretaria:
a) Notificar os credores que no mesmo não intervieram e que constam da lista de créditos relacionados pelo devedor da existência do acordo, ficando este patente na secretaria do tribunal para consulta;
b) Publicar no portal Citius a lista provisória de créditos." (cfr. art. 17º - I do CIRE).

> quanto ao devedor, as acções em curso com idêntica finalidade, extinguindo-se aquelas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação (cfr. nº 1 do art. 17º - E).

Acresce que, verificada a referida nomeação, o devedor fica impedido de praticar actos de especial relevo sem que previamente obtenha autorização para a realização da operação pretendida por parte do administrador judicial provisório (cfr. nº 2 do art. 17º - E).[80]

Sublinhe-se, ainda, que na data de publicação, no portal Citius, do despacho de nomeação do administrador judicial provisório, os processos de insolvência em que anteriormente haja sido requerida a insolvência do devedor são suspensos, desde que não tenha sido proferida sentença declaratória da insolvência, extinguindo-se logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação (cfr. nº 6 do art. 17º - E).

Como é evidente, a homologação ou a recusa do plano de recuperação compete ao juiz (cfr. nº 5 do art. 17º -F).

Saliente-se, ainda, que a referida decisão vincula os credores, mesmo que não hajam participado nas negociações, e deve ser notificada, publicitada e registada pela secretaria do tribunal, nos termos dos arts. 37º e 38º do CIRE (nº 5 do art. 17º - F).

Concluído o processo negocial sem a aprovação de plano de recuperação, cumpre distinguir consoante o devedor ainda não se encontre em situação de insolvência ou já se encontre em situação de insolvência.

Na primeira hipótese, ocorre o encerramento do processo especial de revitalização e dá-se a extinção de todos os seus efeitos (nº 5 do art. 17º - F).

Na segunda, o processo é encerrado e acarreta a insolvência do devedor, a qual deve ser declarada pelo juiz (cfr. nº 3 do art. 17º - G).

Por fim, cumpre recordar que o artigo 17º - H estatui:

> 1 – As garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquele os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua actividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência do devedor.
>
> 2 – Os credores que, no decurso do processo, financiem a actividade do devedor disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização gozam de privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliar geral concedido aos trabalhadores. ■

Foto: Riotur Pedro Kirilos

[80] O art. 17º -E, além do mais, prescreve ainda:
"3 – A autorização a que se refere o número anterior deve ser requerida por escrito pelo devedor ao administrador judicial provisório e concedida pela mesma forma.
4 – Entre a comunicação do devedor ao administrador judicial provisório e a recepção da resposta ao peticionado previstas no número anterior não podem mediar mais de cinco dias, devendo, sempre que possível, recorrer-se a comunicações electrónicas.
5 – A falta de resposta do administrador judicial provisório ao pedido formulado pelo devedor corresponde a declaração de recusa de autorização para a realização do negócio pretendido".

Foto: Cesar Duarte

Foto: Cesar Duarte

Eduardo Sócrates abordou questões registrais relacionadas aos seguintes institutos: falência, penhora e averbação premonitória

O Registro de Imóveis e a realização judicial do crédito

//Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho

Mestre em Direito, registrador imobiliário na comarca de Volta Redonda (RJ) e vice-presidente do IRIB para o Estado do Rio de Janeiro. Exerceu, ainda, as funções de juiz de Direito, promotor de Justiça e defensor público. Professor de Direito Civil. Autor dos cadernos nº 2 e nº 3 da Coleção Cadernos IRIB – O Direito de Superfície e A Dúvida Registrária.

O tema proposto sublinha uma das mais importantes funções do Registro Imobiliário, qual seja, a de fomentar o crédito criando instrumentos que garantam a sua satisfação. O embrião de nosso sistema registral no Brasil, como em tantos outros países, foi a Lei Orçamentária nº 317, de 1843, que criou o registro de hipotecas, antes mesmo de se exigir a inscrição como forma de transmissão da propriedade.

Serão examinadas neste trabalho questões registrais relacionadas aos seguintes institutos: a falência, a penhora e, por fim, a averbação premonitória.

1. A falência e o Registro de Imóveis

1.1 A recuperação judicial e seus efeitos para o Registro Imobiliário

A Lei nº 11.101/2005 revogou a antiga Lei de Falências, criando o instituto da recuperação judicial em substituição ao instituto da concordata, objetivando evitar a decretação da quebra por meio da reorganização da empresa e o pagamento de suas dívidas.

Diferentemente do que ocorre na falência, a sociedade em recuperação não perde a administração de seus bens, apenas estando submetida à fiscalização de um comitê de credores e do administrador judicial.

Nada obstante, é exigido alvará judicial para a venda de bens ou direitos de seu ativo permanente, na forma do art. 66 da Lei nº 11.101/2005.

Destarte, vindo a registro uma venda de imóvel de sociedade em recuperação, sem a necessária autorização judicial, deve ser recusado o título, pois é nulo, na forma do art. 66 da Lei nº 11.101/2005 c/c art. 166, inc. V, do Código Civil.

Se a circunstância de que o vendedor estava sujeito às regras da Lei de Falências, por falha na comunicação, vier a ser descoberta posteriormente ao registro do respectivo título, parece que será necessária a propositura de ação própria para anular a escritura e, consequentemente, o registro, sem prejuízo de eventual declaração de fraude à execução.

Por fim, a aprovação do plano de recuperação, apesar de alterar o objeto da obrigação, não modifica as garantias originais novadas, sejam elas de caráter pessoal ou real, na forma dos art. 49, § 1º e 59, ambos da Lei nº 11.101/2005.

Destarte, se o plano contemplar a venda de bem hipotecado, deverá ser obtida a concordância do credor hipotecário, na forma do § 1º do art. 50 da lei de regência.

1.2 Os efeitos da falência em relação aos sócios

Tanto a sociedade empresária quanto o próprio empresário individual podem falir, diferentemente do que ocorre com a sociedade simples.

Resta investigar se os sócios da empresa sofrem os efeitos da quebra.

A nova legislação – Lei nº 11.101/2005, no art. 81 – estabelece que os sócios de responsabilidade **ilimitada** sofrem os mesmos efeitos da sociedade falida, devendo, inclusive, ser promovida a citação desses sócios para que apresentem contestação. Ocorre que, na prática, é incomum a existência de sócios que respondam ilimitadamente.

Os sócios com responsabilidade limitada, os controladores e os administradores da sociedade falida terão suas responsabilidades apuradas no próprio juízo da falência, mas em ação própria para a eventual desconsideração da personalidade jurídica.

Poderá o juiz, no bojo de tal ação, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, devendo tal circunstância ser comunicada ao Registro de Imóveis.

A simples existência da ação já permitirá ao eventual comprador de imóvel do sócio da empresa falida conhecer o risco da operação, pois para realizar o negócio terá de examinar as certidões de feitos ajuizados, como esclarece Júlio Mandel:

> A ação ordinária de desconsideração também deve ser obrigatoriamente distribuída, para que conste a informação no distribuidor forense. Assim, serão evitadas as absurdas ações de anulações de transferência de patrimônio contra compradores de boa-fé, que jamais poderiam suspeitar que o vendedor do imóvel era alvo de uma ação de desconsideração, que tramitava incidentalmente num processo de falência.

Se, entretanto, houver a falência do próprio empresário individual, que não possui personalidade autônoma, ficará todo o seu patrimônio comprometido, de sorte que eventual venda de imóvel somente poderá ser feita pela massa falida, mediante autorização judicial.

1.3 A falência e os bens da massa

A massa falida é uma universalidade de bens cuja administração é conferida ao administrador judicial, na forma do art. 22 da Lei nº 11.101/2005.

Não representa o administrador da massa nem o falido, tampouco os credores, exercendo, na verdade, um múnus.

A falência não extingue a personalidade jurídica da pessoa falida nem a torna incapaz, apenas ficando impossibilitada de praticar atos que envolvam o seu patrimônio, de acordo com os arts. 99, inc. VI, e 103, ambos da Lei nº11.101/2005.

Permanece o falido com personalidade jurídica, embora limitada sua capacidade, sendo certo que tem interesses distintos da massa, não sendo representada pelo administrador-judicial, mas sim por quem seus estatutos indicarem (administradores ou liquidante).

Não perde o falido a propriedade sobre os seus bens, mas, tão somente, sua administração, como ensina Requião: "O fato, não esqueçamos, é que o falido não perde o direito de propriedade sobre patrimônio arrecadado, enquanto não alienado por força da lei, podendo pois ter legítimo interesse em preservá-lo".

Por não perder o falido a propriedade dos bens, a maior parte da doutrina sempre considerou que não tinha a massa falida personalidade jurídica própria, como assevera Valverde.

Nada obstante, o certo é que os bens são arrecadados pelo administrador, passando a fazer parte do que se denominou chamar de massa falida, criando uma situação de certo modo contraditória.

Embora não haja transferência formal, o fato é que, até o encerramento do processo, os bens passam a integrar a massa falida, tanto que, para fins práticos, é a massa, autorizada pelo juiz, quem vende os bens, a exemplo da situação que ocorre no espólio, que eventualmente poderá alienar um bem, o qual, na verdade, já pertence aos herdeiros desde o falecimento do autor da herança.

O próprio art. 109 faz referência a bens da massa falida e não aos bens do falido, assim como o § 2º, incs. II e III, do art. 110 e o *caput* do art. 114, todos da Lei nº 11.110/2005.

Por sua vez, dispõe o art. 146 que: "Em qualquer modalidade de realização do ativo adotada, fica a massa falida dispensada de apresentação de certidões negativas".

Dessas observações, conclui-se que os bens ainda integrantes do patrimônio do falido poderão ser vendidos mediante autorização do juiz, mas quem faz a venda é o administrador, na qualidade de representante da massa falida. Essa venda será feita antecipadamente ou no encerramento do processo.

Vê-se, pois, que, à semelhança do que ocorre com a herança, a massa falida **se constitui de um patrimônio apartado, afetado a uma finalidade única, qual seja: a liquidação do patrimônio do falido, pagando-se a todos os seus credores**.

Nesse sentido, traz-se à colação a lição de Mirela Donato Oliva:

> O falido, embora não perca a propriedade dos bens com a decretação da falência, perde a disponibilidade e a administração sobre eles, que formam patrimônio apartado, sujeito ao regime jurídico específico, com vistas à satisfação, na medida do possível, dos credores. Trata-se de patrimônio afetado, de sorte que forma universalidade de direito, cuja **administração cabe a terceiro, não já ao titular. O administrador da massa falida, vale notar, não é representante do falido. Sua atuação deve se pautar no escopo da massa falida, não já mais nos interesses do titular desta** (Grifos nossos).

Por vezes, a massa falida, representada pelo administrador judicial, terá de comparecer nas escrituras, na qualidade de alienante, nas hipóteses em que o falido tenha prometido vender determinado bem.

Também não se pode excluir a possibilidade de a sociedade falida (na prática, contudo, diz-se massa falida, até mesmo em razão dos termos da lei) figurar como compradora de um bem e, via de consequência, ter acesso ao fólio real, consoante previsão genérica do art. 119, inc. VI, da lei de regência.

Evidentemente que esta propriedade tende a ser temporária, na medida em que será vendida em leilão para pagamento dos credores da massa.

Pode ocorrer, ainda, a necessidade de venda antecipada do bem, como permite o art. 113 da Lei nº 11.101/2005.

Depreende-se dos conceitos antes expostos que, em razão da afetação do patrimônio, até o encerramento da falência, caberá à massa falida realizar a venda dos bens que a integram, independentemente da vontade do falido.

Em rigor, perde o proprietário falido um dos atributos da propriedade que é o poder dela dispor, embora o bem remanesça em seu patrimônio até o fim do processo de falência.

Destarte, se ocorrer alienação sem autorização judicial, penso que o título deverá ser recusado, pois nulo.

Embora os arts. 99, inc. VI, e 103, ambos da Lei nº 11.101/2005, não estabeleçam, como fazia o § 1º do Decreto-Lei nº 7.661/1945, a nulidade do ato, não há como se afastar dessa conclusão pelo que dispõe o art. 166, inc. V, do Código Civil.

Isso porque o Código Civil considera nulo o ato que não observa forma prescrita em lei, que, no caso concreto, exige autorização judicial para a venda de bem.

1.4 O sentido do art. 129 da Lei nº 11.101/2005

Fixado o entendimento de que não pode haver venda, **sem autorização judicial, após a declaração** da quebra e que, portanto, não pode ser acolhido título que não contemple tal ordem, indispensável se faz o exame de questão análoga.

Trata-se da possibilidade do **registro** de ato de disposição sobre imóvel após a sentença de falência.

A atual Lei de Recuperação, em seu art. 129, situado na Seção IX da Lei nº 11.101/2005, que trata da ineficácia e da revogação de **atos praticados antes da falência**, diz o seguinte:

> Art. 129 São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:
> VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis **realizados após a decretação da falência**, salvo se tiver havido prenotação anterior. (Grifo nosso)

Devemos notar que todos os incs. do art. 129 se referem a atos praticados antes da decretação da falência, mas dentro do termo legal ou do prazo de dois anos anteriores à quebra, a exceção do inc. VII, que não faz referência a nenhum desses marcos, mas a um outro critério, qual seja, do registro da transferência da propriedade.

Assim, quando o inc. VII se refere à ineficácia do **registro realizado após a decretação da falência, na realidade está se referindo a negócio jurídico de alienação realizado antes da quebra, como aliás fica claro pela leitura do título da Seção IX, da lei de regência, antes referido**.

Repita-se que, se o próprio negócio tivesse sido feito após a quebra, tal venda seria nula, de pleno direito, por ferir o art. 103 c/c o 166, inc. V, do Código Civil.

Destarte, a hipótese legal trata dos casos em que a venda se deu antes da falência, mas o seu registro foi efetivado posteriormente ao decreto da falência.

Depreende-se da norma em comento que três situações são possíveis:

a) alienação celebrada antes da falência e registrada igualmente antes da quebra: negócio válido e eficaz;

b) alienação celebrada antes da falência, registrada após a quebra, mas o respectivo título protocolado antes da declaração da falência: negócio válido e eficaz;

c) venda celebrada antes da falência, registrada, e protocolado o título após a quebra: válido o negócio, porém ineficaz em relação à massa falida.

Como já ressaltado, nas hipóteses do art. 129, não há de se perquirir o animus das partes ao celebrarem os negócios tidos por ineficazes.

Ademais, não se trata de atos nulos ou anuláveis, mas qualificados como ineficazes, pois na Lei de Falências a regra é a ineficácia e apenas, excepcionalmente, a nulidade.

Embora o Código Civil não tenha acolhido expressamente a categoria da ineficácia, limitando-se à dicotomia de atos nulos e anuláveis, o conceito é explicado por Ricardo Tepedino:

> Ao contrário da invalidade, que é a consequência de um ato afetado total ou parcialmente em sua constituição íntima, a ineficácia supõe um negócio jurídico validamente formado e, por conseguinte, suscetível de execução, mas que carece de efeitos ou que os prive deles um fato posterior. Desse modo, conforme anotou Betti, enquanto a invalidade é o tratamento apropriado a uma carência intrínseca do negócio" a ineficácia se apresenta como a resposta mais adequada a um impedimento extrínseco do negócio jurídico. Ou seja, o ato é válido, porque presentes todos os seus elementos constitutivos, ms, por uma razão que lhe é exterior, e que, normalmente, se verifica a *posteriori* e não concomitantemente à sua prática, fica privado de alguns efeitos ou sem eficácia diante de certas pessoas.

Qual seria a consequência da propalada ineficácia apontada no item "c"?

Sem dúvida que o ato é válido entre as partes, mas, sendo ineficaz em relação à massa, impõe-se a arrecadação do imóvel alienado para a massa falida, como ensina Mandel:

> A transferência da propriedade dos bens somente se opera com o devido registro no competente cartório de registro de imóveis. Se o registro for efetuado após a falência, será ineficaz, devendo o bem ser arrecadado.

Ricardo Tepedino, ao comentar o inc. VII, afirma que o critério legal é bastante objetivo, mas pode se revelar muito severo para um adquirente de boa-fé que somente retardou o registro, considerando que melhor seria exigir a prova da fraude nessa hipótese.

Anote-se que essa ineficácia prescinde de ação, podendo ser reconhecida pelo juiz, na forma do § 1º do art. 130. Além disso, segundo o art. 129, não precisa que a venda seja fraudulenta. Somente será necessária a prova do conluio no caso do art. 130, que cuida da ação revocatória.

1.5 A revogação do art. 215 da LRP pelo art. 129 da Lei nº 11.101/2005

A redação do art. 215 da LRP restou revogado pela legislação superveniente, qual seja, o art. 129 da Lei nº 11.101/2005.

É que a Lei Registral estabelece que os registros de transferência de imóveis ocorridos após a sentença de falência são nulos, ao passo que o art. 129 diz que são ineficazes em relação à massa falida.

A questão já causava muita controvérsia no regime da antiga Lei de Falências, prevalecendo o entendimento de que o art. 215 não havia revogado o art. 52, inc. VII, da Lei de Falências, que também utilizava o conceito de ineficácia, como decidido pelo STJ (RSTJ 98/283 e Resp. 241.319-RJ).

Com a nova redação do art. 129, repetindo, quase integralmente, o antigo art. 52, fica patente que a consequência é a ineficácia do registro e não a sua nulidade, na esteira do que já entendia a jurisprudência.

1.6 A averbação da falência na matrícula

Decretada a quebra, diz o art. 99, inc. VIII, que o juiz ordenará ao Registro Público de Empresas (Junta Comercial ou cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas) que proceda à anotação da falência no registro do devedor para que constem a expressão "Falido", a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102, desta Lei.

O inc. X, por sua vez, determina a expedição de ofícios aos órgãos públicos para que informem a existência de bens e direitos do falido.

O art. 110, § 4º, impõe, ainda, que com relação aos bens imóveis, o administrador judicial, no prazo de 15 dias após a sua arrecadação, exibirá as certidões de registro, extraídas posteriormente à decretação da falência, com todas as indicações que dele constarem.

Em razão das graves consequências impostas pela falência, é de todo conveniente que o serviço registral seja comunicado dela para que faça uma averbação na matrícula do bem, dando notícia desse fato.

Ocorre que não há previsão expressa na Lei de Falência, tampouco na lei de registros públicos para tal ocorrência, como se constata da leitura do art. 167 da LRP.

Nada obstante, tendo notícia da quebra, deve o registrador, por ato de averbação, anotar tal circunstância, com fincas no art. 167, inc. II, art. 5 e art. 246, ambos da LRP.

De igual modo, deve averbar, caso haja solicitação, a arrecadação dos imóveis matriculados em sua serventia que serão utilizados para o pagamento dos credores da massa. Nesse sentido, veja-se a seguinte decisão:

> Dada a relevância do ato praticado na esfera jurisdicional, que limita da disponibilidade do bem imóvel arrecadado, convém ao sistema registral admiti-lo mediante ato averbatório. O registro, visa, dentre outras finalidades, assegurar a validade e a normalidade dos negócios jurídicos, sendo de cautela dar publicidade do ato constritivo e dar a esta garantia registral da apreensão (art. 167, inc. II, 12, da Lei nº 6.015/1973). (Ap. Cível 11150-0/0, São José do Rio Preto, rel. Des. Onei Raphael, DOE 6/7/1990).

Marcelo Melo também sustenta o cabimento da averbação, que, segundo o autor, é uma prática no Estado de São Paulo.

2. O importante papel do Registro de Imóveis nas penhoras

A força da publicidade registral revela-se no registro da penhora.

Muito se discutiu quanto ser ou não o registro constitutivo da penhora, tendo o legislador adotado posição expressa no sentido de considerar que a penhora se perfectibiliza no processo judicial, como previsto no § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil, cujo teor é o seguinte:

> § 4º A penhora de bens imóveis **realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora**, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do

> executado, providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial (redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006) (Grifo nosso).

Destarte, havendo concorrência entre credores quirografários, estará em melhor posição aquele que primeiro teve a penhora determinada em juízo e não o que primeiro levou o ato ao Registro Imobiliário.

Também a preferência é de quem primeiro penhorou e não de quem primeiro promoveu a ação de execução (RF 311/172).

Claro que se houver créditos privilegiados, como aqueles com garantia real, trabalhista ou tributário, haverá preferência destes.

Certo, pois, que a penhora se constitui no processo, inclusive para efeitos de prelação.

Todavia, a falta de sua inscrição, segundo jurisprudência dominante, corroborada pela Súmula nº 375 do STJ, implica reconhecimento de boa-fé em relação ao adquirente, não podendo ser declarada a ineficácia da alienação do bem constrito.

O exemplo acima mostra a força do Registro Imobiliário, pois, mesmo não tendo o caráter constitutivo, o registro da penhora desempenha um papel fundamental no que diz respeito ao efeito que gera perante o comprador.

Não obstante pudesse ter conhecimento da existência de ação executiva antes da lavratura da escritura de compra e venda, bastando examinar as certidões de feitos ajuizados, que são documentos obrigatórios para a realização do negócio, pune-se aquele que não leva a penhora ao registro.

A verdade é que a publicidade gerada pelo processo judicial se restringe à possibilidade de acesso ao conteúdo dos autos (excepcionados os casos de segredo de justiça), sendo muito menos eficaz do que aquela decorrente do Registro Imobiliário.

Invoque-se a precisa observação de Marcelo Terra, no sentido de que

> aqueles que creem que qualquer pessoa pode ter ciência da existência de uma demanda, mediante consulta aos distribuidores, não esclarecem estas singelas dúvidas: de qual a comarca? A do domicílio? A da situação do bem? Todas do Brasil? De qual grau de jurisdição?

Interessante notar que a Súmula nº 375 deixa patente que a boa-fé do adquirente pode ser elidida mesmo sem o registro da penhora, como pode ocorrer, por exemplo, na venda fraudulenta do devedor para seu filho, que, evidentemente, conhece a situação patrimonial de seu genitor.

Alguns autores advogam que o art. 169 da LRP considera o registro uma verdadeira obrigação e não mero ônus sem o qual não se obtém o efeito conferido pela lei. Luciano Passarelli sustenta, inclusive, que poderá haver responsabilidade civil do advogado que deixa de promover o registro da penhora, não agindo com o cuidado e a diligência esperados.

Saliente-se, por fim, que a penhora não retira do proprietário o seu poder de dispor, mas apenas pressupõe a eventual alienação em fraude à execução.

Se o bem já está penhorado, é possível realizar o registro de sua compra e venda, sendo ela, entretanto, ineficaz perante o credor. Se, ainda, não há penhora, mas tendo sido reconhecida que a venda frustrou os meios executórios, determina o juiz que a constrição recaia sobre o bem alienado, sendo a venda inoponível ao exequente, reconhecendo a existência da fraude.

Apesar de em regra não ficar vedada a disponibilidade por parte do proprietário devedor, há exceções, como nas hipóteses em que a penhora é decorrente de ações movidas pela Fazenda Pública Federal, na forma do § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, essa indisponibilidade, segundo parte da jurisprudência, só se aplica para os casos de alienações voluntárias, de sorte que se pode realizar outras penhoras, sem, contudo, permitir a arrematação. A jurisprudência também vem afastando tal indisponibilidade em relação às execuções trabalhistas, levando em conta a preferência deste crédito em relação aos créditos fiscais.

Também o registro de hipoteca cedular torna o bem indisponível (art. 5º da Lei nº 6.840/1980 e art. 57 do Decreto-Lei nº 413/1969), portanto, impenhorável por outras dívidas, mas também existe jurisprudência considerando que possa haver a penhora, sem autorizar, contudo, o registro de futura carta de arrematação. Também nessas hipóteses, por terem preferência, são acolhidas as penhoras fiscais e trabalhistas em detrimento da garantia real.

Podem as indisponibilidades decorrer, ainda, de liquidação de instituições financeiras (Lei nº 6.024/1974) e de medida cautelar prevista na Lei nº 8.429/1992, nos casos em que se apuram eventuais desvios ou danos ao erário atingido os bens dos investigados.

Há divergência na jurisprudência sobre a indisponibilidade da Lei nº 6.024/1974 no que concerne à possibilidade ou não de se impedir registro de penhora sobre os bens atingidos, pois muitos julgados consideram que só os atos voluntários de disposição é que são afetados e não outras penhoras.

Foto: Cesar Duarte

Eduardo Sócrates ao lado dos representantes de Portugal e da Espanha

3. A averbação premonitória

A matéria está tratada no art. 615-A do Código de Processo Civil, redação dada pela Lei nº 11.382/2006, cujo teor é o seguinte:

> **Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.**
> **[...]**
> **§ 3º Presume-se em fraude a execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).**

O fim almejado com a norma é proteger os credores e também os adquirentes de boa-fé, evitando a prática de atos de disposição em fraude à execução antes mesmo de ser citado o executado para a ação, bastando ao credor levar ao Registro Imobiliário uma certidão comprovando a distribuição da execução.

Cuida, pois, de **antecipar os efeitos que decorrem da penhora**. Destarte, não se retira o direito de dispor do executado, apenas tornando a eventual venda ineficaz perante o credor, impedindo, por sua vez, que o adquirente alegue boa-fé na compra do bem objeto da averbação.

Kioitsi Chicuta faz interessante comentário sobre o tema, salientando que ficava o credor desprotegido entre a data da distribuição da ação e a citação do devedor. Observa, ainda, que o registro da penhora muitas vezes fica dificultado em razão de afronta aos princípios da continuidade e da especialidade. Como a averbação premonitória exige, tão e somente, que o bem esteja em nome do executado e a apresentação de uma certidão de mera distribuição, mais proteção se oferece ao credor.

Faz-se notar que para a caracterização da fraude à execução exige-se que a demanda seja capaz de levar o executado ao estado de insolvência. Isso porque se o devedor tem um grande ativo, mas resolve vender um bem imóvel de pequeno valor, não se caracterizará a fraude, embora ela se presuma, cabendo ao devedor elidir tal presunção.

Não é justo se exigir do credor que realize um exame profundo no patrimônio do devedor para descobrir se ele é ou não solvente, como poderia supor da leitura do inc. II do art. 593 do CPC. Nesse sentido, veja-se Araken de Assis, p. 252:

> Exigir que o credor prove a inexistência de bens penhoráveis constitui exagero flagrante, provocando as dificuldades inerentes à prova negativa, a despeito de lhe tocar o ônus da prova. **Cabe invocar a presunção de insolvência, decorrente da falta de bens livres para nomear à penhora** (art. 750, I). Em outras palavras, basta a devolução do mandado executivo, acompanhada da certidão do oficial de que não localizou bens penhoráveis (art. 659, § 3º). (Grifo nosso)

Destarte, basta que não existam outros bens a serem penhorados para que se declare a fraude da alienação na pendência de ação, para que se comprove o estado de insolvência mencionado no inc. II do art. 593 do CPC.

Havendo a averbação de que trata o 615-A, que é **uma antecipação dos efeitos da penhora**, também se declarará a fraude à execução, na forma do § 3º do art. 615-A.

Ocorre que não se trata, como já visto, de uma presunção absoluta, podendo o devedor provar que o crédito pode ser satisfeito com outros bens.

Verificado que a averbação faz presumir a fraude em caso de alienação, resta investigar qual o efeito que ocorrerá em caso de não averbação da distribuição da ação executiva, que, segundo a dicção legal, é medida facultativa.

Essa indagação é respondida por Ana Paula Jardim Tehada Garcia:

> Caso o credor opte por não diligenciar a averbação premonitória, ocorrendo a alienação do bem, presume-se que quem o adquiriu o fez de boa-fé, cabendo, neste caso, ao credor o ônus de provar que a aquisição se deu em fraude, o que exige a produção de provas, atrasando a execução e elevando os custos.

Tal solução se impõe para se manter a simetria necessária, especialmente porque se trata de uma antecipação dos efeitos da penhora.

Logo, se não for feita a inscrição, não fica a venda imune à declaração de fraude, mas terá o credor de fazer prova da fraude.

O § 2º do art. 615-A, por sua vez, prevê que "formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das observações de que trata este artigo, relativas àqueles que não tenham sido penhorados".

Nesse particular, admite a doutrina que possa o cancelamento decorrer de requerimento formulado pelo próprio credor, na forma do art. 250 da LRP, uma vez que a medida foi tomada no seu interesse. Ademais, pode o exequente objetivar escapar de eventual indenização por abusividade da averbação.

Para Marcelo Melo, na esteira do pensamento de Sérgio Jacomino, outro corolário do novo instituto seria dispensar a apresentação de certidões de distribuidores previstos na Lei nº 7.433/1985, pois caberia ao credor, este sim, levar o conhecimento da demanda aos terceiros.

Eduardo Pacheco, Francisco Toledo, Ulisses Silva, entretanto, não concordam com esse elastério, servindo tais certidões para fixar a boa-fé objetiva do comprador.

Parece ter razão Francisco Toledo, para quem não se pode extrair da lei esta consequência tão drástica, que dependeria de norma expressa para ter esse alcance.

Um dos requisitos para se efetivar averbação premonitória seria a existência de ação executiva de título extrajudicial, mas se tem admitido, na doutrina e na jurisprudência, tal averbação também para os casos em que já há sentença condenatória, pois o fato de haver recurso não lhe retira a certeza, mesmo porque também o título extrajudicial está sujeito aos embargos.

Marcelo Melo vai mais longe: defende a extensão da averbação para toda e qualquer ação de conhecimento, pois inexiste, na nova sistemática do CPC, diferença entre a fase cognitiva e a executiva, fenômeno que vem sendo chamado de processo sincrético.

Parece mais prudente a posição que restringe a averbação para as execuções de título judicial ou extrajudicial, ficando de fora as ações de conhecimento, pois nelas o crédito não goza da necessária certeza, estando pendente de confirmação judicial. ■

Foto: Riotur Fernando Maia

Foto: Cesar Duarte

Nuno Ascenção Filho: "Existe íntima ligação entre o fenómeno da sucessão *mortis causa*, a organização dominial e o regime patrimonial da família"

O reconhecimento e a eficácia dos testamentos no Direito Internacional Privado[1]

//Nuno Ascensão Silva

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, instituição onde é docente desde 1991. Obteve em 1995 o grau de mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas com uma dissertação intitulada "A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais – Alguns aspectos" e prepara actualmente uma dissertação de doutoramento sobre o regime patrimonial do casamento.
Tem investigado, sobretudo no âmbito do Direito Internacional Privado da família e das sucessões, tendo trabalhos publicados sobre a adopção internacional, as responsabilidades parentais nas relações plurilocalizadas, o rapto internacional de crianças e as sucessões internacionais.

---

* Artigo escrito em português de Portugal.

[1] O artigo que agora se publica corresponde integralmente à intervenção do autor no *VIII Seminário Luso-Brasileiro-Espanhol de Direito Registral Imobiliário*, que decorreu no Rio de Janeiro, em 28 e 29 de novembro de 2013, e cuja realização esteve a cargo do IRIB (Instituto de Registro Imobiliário do Brasil).
O texto é apresentado sem quaisquer notas de rodapé ou referências bibliográficas, acrescentos que decerto o enriqueceriam, mas trabalhos que nos pareceu poderem ser dispensados, atendendo à finalidade precípua desta publicação – constituir em tempo útil a memória da exposição oral que então empreendemos. Também por essa razão, incluímos as considerações iniciais que então fizemos, muito embora o seu carácter espúrio no contexto do tema de que fomos incumbidos.

Na qualidade de participante neste Seminário e como membro da Direcção do CENoR, gostaria em primeiro lugar de cumprimentar a ilustre audiência e de felicitar muito especialmente os dirigentes do IRIB, instituição com a qual o CENoR tem desenvolvido, há anos, intensos trabalhos e uma estreita cooperação.

Depois, não posso silenciar o meu entusiasmo ao encontrar-me pela primeira vez nesta "Cidade maravilhosa" onde a música, nas palavras de um poeta carioca, constitui "o fogo soberano de amor" que contém, "na cadência accesa em requebros e encantos de impureza, todo o feitiço do peccado humano" (Olavo Bilac, "Música brasileira", *Poesias*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931).

Na verdade, quase a 8.000 km de casa, seria até natural que me sentisse apreensivo. Mas, assim não é, pois, para além da habitual hospitalidade e ternura brasileiras, e não esquecendo os largos séculos em que a nossa História e as nossas histórias se entrecruzam, acalenta os nossos povos uma mesma *mater* – a língua portuguesa – e que, ainda na voz do mesmo poeta e insigne academista, é a "ultima flôr do Lacio, inculta e bella", um "rude e doloroso idioma", que tem "o trom e o silvo da procella" e "o arrolo da saudade e da ternura" "e em que Camões chorou, no exilio amargo, o genio sem ventura e o amor sem brilho!" (*Língua portuguesa, ibidem*).

E, tudo isso, para além de pessoalmente me confortar, parece ser um bom augúrio dos nossos trabalhos. A vinda de "nuestros hermanos" decerto que reforça a minha convicção.

I

O reconhecimento e a eficácia dos testamentos no Direito Internacional Privado – Introdução

1. O Direito Internacional Privado e a sucessão mortis causa

1.1 O direito material das sucessões constitui uma matéria de inegável complexidade técnico-jurídica a que não é alheia, desse logo, a íntima ligação que existe entre o fenómeno da sucessão mortis causa, a organização dominial (os direitos reais) e o regime patrimonial da família.

Seja como for, mas também por essa razão, perduram em tal domínio cavadas diversidades entre os ordenamentos jurídicos estaduais – por exemplo, no que respeita à existência e ao montante da quota legitimária, aos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo e à administração da herança jacente – e que compreensivelmente dificultam o relacionamento entre os sistemas jurídicos, assim se permitindo perceber, desde logo, a frequente invocação da excepção de ordem pública internacional no âmbito das sucessões internacionais.

Por outro lado, são igualmente importantes no âmbito da sucessão *mortis causa* os abismos que separam os sistemas conflituais internos. Nesse sentido, basta lembrar que, à semelhança dos regimes de bens do casamento, encontramos aí múltiplos sistemas de determinação da *lex sucessionis* – fundamentalmente, o sistema personalista (*lex personalis*), o sistema realista (*lex rei sitae*) e o sistema autonómico (princípio da autonomia) – e que, ao privilegiarem exigências normativas diferenciadas, convergem ora em uma via unitária ora em uma solução que cinde a regulamentação do fenómeno sucessório, aceitando a aplicabilidade simultânea de várias leis – designadamente, a competência da *lex rei* sitae para os bens imóveis e da lei do último domicílio do de cuius para os bens móveis, de acordo com o velho brocardo estatutário *Mobilia ossibus personae inhaerent*. Aliás, embora seja certo que tanto ao modelo unitário – o sistema de tradição savigniana que corresponde à aplicação de uma lei única para reger toda a sucessão – como ao modelo da cisão – vigente, tradicionalmente, na França, no Reino Unido e nos EUA – podem ser apontadas vantagens e desvantagens significativas, relembre-se, também, que o fraccionamento tende a ser objecto de críticas severas, ao permitir, desde logo, a fraude à lei mediante a conversão de bens móveis em imóveis e vice-versa. Ora, se relevarmos ainda que também na determinação da lei pessoal se dividiu o mundo, mormente entre os defensores da *lex patriae* e os da *lex domicilii* (entendida esta em vários sentidos), trazendo, nas palavras lapidares de ANTÓNIO FERRER CORREIA, "a semente de perturbações fatais", facilmente apreendemos o constante surgimento de conflitos de sistemas de Direito Internacional Privado e de que o problema do reenvio constitui o exemplo mais flagrante.

Ora, e transcendendo agora a exclusiva consideração do problema da determinação da lei aplicável, e ainda que deixemos de banda as particulares dificuldades que rodeiam a regulamentação do reconhecimento e execução das decisões estrangeiras e dos actos que lhes vão sendo equiparados, as significativas diferenças que existem entre as regras de competência internacional e as regras de conflitos de leis internas desencadeiam conflitos positivos e negativos de competência – desde logo, com o risco de surgimento de procedimentos simultâneos e concorrentes –, potenciam as situações de forum shopping e de desarmonia jurídica internacional, contribuindo, assim, para a instabilidade e a insegurança das situações jurídicas privadas internacionais.

1.2 Acresce ainda que se trata de uma matéria onde os resultados dos esforços, decerto aliciantes, de unificação do direito por via convencional têm sido muito modestos.

Efectivamente, são incipientes as experiências de uniformização do direito material e mesmo as convenções de Direito Internacional Privado conheceram um sucesso relativo.

Assim, por exemplo, a *Convenção de Haia, de 1 de agosto de 1989, sobre a lei aplicável às sucessões mortis causa* só foi ratificada pelos Países Baixos e nunca entrou em vigor internacionalmente – afinal, mais uma "Bela Adormecida" no Direito Internacional Privado convencional – e mesmo a *Convenção da Haia, de 5 de outubro de 1961, sobre a lei aplicável à forma das disposições testamentárias*, embora congregue mais de 40 Estados-contratantes, não vincula nem o Brasil nem Portugal. De resto, se pensarmos igualmente no movimento de unificação levado a cabo no contexto americano, temos de referir que no seio das Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) não foi elaborado qualquer instrumento específico em matéria sucessória e que as velhas regras do *Código Bustamante, de 1928, e do Tratado de Direito Civil Internacional de Montevideo*, de 1889, e revisto em 1940 (este instrumento internacional não vigora no Brasil), têm hoje, por razões sobejamente conhecidas e que não nos cabe por agora enunciar, uma relevância manifestamente diminuta.

Seja como for, vigoram na ordem jurídica portuguesa, designadamente no âmbito da matéria de que nos ocupamos, três instrumentos convencionais dignos de menção. Em primeiro lugar, refira-se à *Convenção de Washington*

de 1973 relativa à Lei Uniforme sobre a forma de um testamento internacional (UNIDROIT), que vigora em Portugal desde 9 de fevereiro de 1978 e que estabelece em matéria testamentária um regime material unificado. Acresce ainda que, para os efeitos convencionais, e de acordo com o Decreto-Lei nº 177/1979, de 7 de junho, a aprovação do testamento internacional cabe aos notários ou, caso o acto seja praticado no estrangeiro, aos agentes consulares. De qualquer modo, regula-se na Convenção apenas a questão da forma das disposições mortis causa, tendo sido internamente determinada a aplicação ao testamento internacional das normas legais relativas ao testamento cerrado (art. 2º, Decreto-Lei nº 177/1979). Depois, destaca-se a *Convenção europeia sobre o estabelecimento de um sistema de registo de testamentos* (Basileia, 1972), instrumento elaborado no seio do Conselho da Europa e aplicável em Portugal, desde 21 de julho de 1982. Todavia, a Convenção trata apenas fundamentalmente da criação dos organismos encarregados do registo dos testamentos e que prestam as informações de acordo com o seu art. 8º, nº 2, não sendo derrogadas, por conseguinte, as normas legais que em cada Estado-contratante dispõem sobre a validade dos testamentos. Por fim, há ainda que mencionar a *Convenção de Haia, de 2 de outubro de 1973, sobre a administração internacional de heranças*, que vigora em Portugal desde 1º de julho de 1993 e à qual, para além do nosso país, apenas a República Checa e a Eslováquia se encontram vinculadas. Esta Convenção instituiu um certificado internacional destinado a indicar as pessoas habilitadas a administrar a massa hereditária, designadamente os bens móveis (art. 1º), conquanto, na verdade, o funcionamento do dispositivo convencional possa ser estendido à administração dos bens imóveis mediante o cumprimento do disposto no art. 30º – com efeito, por ocasião do depósito do instrumento de ratificação da Convenção, em 23 de abril de 1976, Portugal declarou reconhecer, sob condição de reciprocidade e em medida idêntica aos poderes que os cidadãos portugueses detém sobre imóveis, os poderes contidos em certificados passados no estrangeiro sobre coisas imóveis situadas em território português (Aviso nº 223/1996, de 5 de julho de 1996, do Departamento de Assuntos Jurídicos). Em qualquer caso, o certificado internacional será emitido no Estado da residência habitual do de *cuius* (art. 2º), e a autoridade competente – em Portugal, tal função cabe aos notários ou, no caso de inventário judicial, ao juiz do processo – mobilizará, em princípio, a *lex fori* (art. 3º), desvelando-se desse modo um conhecido caso de correlação *forum-ius*. Todavia, ainda nos termos do art. 38º da Convenção e usando da faculdade reconhecida pelo art. 31º do dispositivo internacional, caso o de *cuius* seja português, será aplicada a lei portuguesa na designação do titular do certificado e na indicação dos poderes que lhe são garantidos. Acresce ainda que o certificado é reconhecido em Portugal, nos termos do Decreto-Lei nº 327/1977, de 10 de agosto, pelo tribunal da Comarca, onde os bens se encontram (ou os de maior valor), através de um processo especial, pelo que, verdadeiramente, não se sancionou aqui um sistema de reconhecimento automático ou *ipso iure*.

Em suma, encontramo-nos diante de experiências de unificação que têm tido um parco significado prático no seio do movimento de internacionalização do direito, o que se comprova se atendermos tanto ao número diminuto dos Estados que se lhes encontram vinculados como ao seu reduzido âmbito de aplicação ratione materiae (*v.g.* o registo dos testamentos, a administração das heranças ou a forma das disposições *mortis causa*), sancionando até, na verdade, orientações – como é o caso do *favor validitatis* – já anterior e autonomamente consolidadas na praxis dos distintos Estados. Aliás, o mesmo se pode concluir relativamente aos instrumentos bilaterais e onde, em matéria de cooperação jurídica e judiciária, é habitual que se imponha apenas um dever de informar a feitura de testamentos pelos nacionais de outros Estados-contratantes – *v.g.* o art. 141º do *Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola* (1995) e que vigora desde 5 de maio de 2006.

1.3 Se é verdade que durante muito tempo a matéria sucessória foi sendo sempre excluída do âmbito de aplicação ratione materiae dos instrumentos de Direito Internacional Privado comunitários, certo é que também aqui chegaram os esforços codificadores da União Europeia.

Com efeito, a criação de uma regulamentação comum das sucessões internacionais constitui mais uma etapa no processo de comunitarização do Direito Internacional Privado dos Estados europeus, tratando-se de uma intervenção que vem na sequência de outras já desenvolvidas – mormente, a partir do momento em que, com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, em 1999, muitos aceitaram que havia sido deste modo reconhecida à Comunidade Europeia uma competência genérica no âmbito da regulamentação das situações privadas internacionais –, tendo em vista a promoção do princípio do reconhecimento mútuo e a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça [cf. hoje, os art. 4º, nº 2, alínea "j"), 67º e 81º, nº 1, do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE)]. Ora, tais competências mantiveram-se após o Tratado de Lisboa, achando-se actualmente regulamentadas no Título V do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* e onde a consolidação do espaço de liberdade, segurança e justiça, através do reforço da cooperação judiciária em matéria civil, continua a assumir um papel primordial, designadamente as medidas que tenham como objectivo assegurar o reconhecimento e a execução das decisões judiciais e extrajudiciais e a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdições (art. 81º e ss, TFUE).

E se, em rigor, no art. 81º, nº 2, do TFUE, se continua a fazer depender a legitimidade das medidas relativas à cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça à sua necessidade do ponto vista do bom funcionamento do mercado interno – à semelhança do que já acontecia na versão dada ao Tratado de Roma (o tratado que instituía a comunidade europeia) pelo Tratado de Amesterdão –, não parece que daqui se tenham erigido dificuldades de monta à adopção do *Regulamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julho de 2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu*, ora porque a matéria sucessória tem uma manifesta relevância patrimonial e o princípio da autonomia da vontade tem aí um papel acrescido – o que, ao permitir a autonomização do direito das sucessões, permite fugir aos entraves que a intervenção europeia em matéria de direito da família tem conhecido – ora porque a diversidade dos regimes materiais e conflituais internos tem sido amiúde considerada no seio do espaço europeu como um obstáculo à livre circulação de pessoas, um empecilho para os cidadãos europeus que no contexto sucessório internacional procuram exercer os seus direitos e, inclusivamente, uma ameaça à propriedade privada, um dos direitos garantidos pelos Tratados e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (cf. o art. 17º).

Na verdade, e se quisermos compreender em termos mais circunstanciados a génese e o conteúdo de tal intervenção europeia no domínio do Direito Internacional Privado, não devemos perder de vista que esta teve um contexto de emergência marcado pela necessidade de prosseguir determinados

desiderata mais gerais – *maxime*, uma organização previsível da sucessão, desde logo, por parte do de *cuius*, e uma protecção eficaz de todos os interessados, mormente dos herdeiros, dos terceiros e dos credores – e pela urgência em dar cumprimento a específicos objectivos – designadamente, a prevenção de procedimentos paralelos, a não aplicação de regimes materiais diferentes, a garantia da autonomia do de *cuius*, a facilidade no reconhecimento e execução das decisões estrangeiras e dos *actos* exarados no estrangeiro e, por fim, o acesso fácil à informação sobre os testamentos. Ora, é seguramente em função desta teia de propósitos, nem sempre conseguidos, que se justifica o dispositivo fundamental do Regulamento e que se traduz, na sua essência, na harmonização das regras de competência, das regras de conflitos de leis e das regras de reconhecimento das decisões, dos actos autênticos e das qualidades (de herdeiro ou legatário) e dos poderes constantes do certificado sucessório, no reconhecimento da autonomia da vontade através da possibilidade da *professio iuris*, na protecção dos herdeiros, mormente da legítima e, finalmente, na agilização dos procedimentos sucessórios através do certificado sucessório europeu.

De qualquer forma, o que se espelhou, desde logo, em múltiplas dificuldades no tangente à circunscrição do âmbito de aplicação material do novo instrumento, foram enormes os obstáculos encontrados na tentativa de conciliação das diferentes tradições jurídicas patrimoniais dos Estados-membros da União Europeia. Para o comprovarmos, basta repararmos na tutela incondicional da legítima por parte dos ordenamentos continentais e que se afastam profundamente do *iceberg* sucessório inglês, tradicionalmente caracterizado pelo amplo reconhecimento da liberdade testamentária, pela preocupação fundamental em tutelar a segurança das transacções *inter vivos* e pela rejeição de uma possível redução por inoficiosidade *in natura*. Por outro lado, também a existência de regimes profundamente diferenciados quanto à administração da herança – mais uma vez, releva-se insistência dos anglo-saxónicos na manutenção do modelo tradicional de administração de bens hereditários através de um *personal representative* – não pôde deixar de ser considerada pelo legislador europeu, levando à formulação de um extenso regime que contém preceitos especiais sobre a nomeação e os poderes dos administradores de heranças em determinadas situações – mormente nos casos em que tal nomeação seja obrigatória de acordo com a lei do Estado-membro cujas autoridades jurisdicionais sejam competentes para decidir da sucessão nos termos regulamentares e a *lex successionis* seja uma lei estrangeira – e onde, na verdade, se sedimentou um regime complexo, e que abica – sem prejuízo, na verdade, do necessário respeito do conteúdo fundamental do estatuto regulador da sucessão – na concessão de uma ampla margem de conformação dos poderes dos administradores aos órgãos jurisdicionais competentes para decidirem a sucessão e até, eventualmente, na concentração nas mãos dos administradores de um surpreendente *cocktail* de poderes, ora exercidos nos termos da *lex successionis* ora nos da *lex fori* (cf. o art. 29º).

Por outro lado, e embora o Regulamento cubra todos os títulos de vocação sucessória (sucessão legal e sucessão voluntária, testamentária ou contratual) [art. 2º, nº 1, alínea "a")], excluem-se do seu âmbito da aplicação os direitos e os bens criados ou transferidos fora do âmbito da sucessão, tais como as liberalidades, a propriedade conjunta de várias pessoas com reversibilidade a favor da pessoa sobreviva, os planos de reforma, os contratos de seguros e as disposições análogas, sem prejuízo do art. 23º, nº 2, alínea "i") [art. 1º, nº 2, alínea "g")], o mesmo acontecendo com a criação, a administração e a dissolução de *trust* [art. 1º, nº 2, alínea "j")], com a natureza dos direitos reais, não tolhendo, designadamente, o *numerus clausus* dos direitos sobre as coisas, a qualificação dos bens e a determinação das prerrogativas dos titulares dos direitos reais [art. 1º, nº 2, alínea "k")]; e com qualquer inscrição em um registo de direitos sobre um bem imóvel ou móvel, incluindo os requisitos legais para essa inscrição, e os efeitos da inscrição ou não inscrição desses direitos em um registo [art. 1º, nº 2, alínea "l")].

Mau grado este âmbito de aplicação material tão circunscrito, o Regulamento (UE) nº 650/2012 tornar-se-á aplicável a partir de 17 de agosto de 2015 à sucessão das pessoas falecidas nessa ou após essa data, sendo aplicável em todos os Estados-membros da União Europeia, com excepção do Reino-Unido, da Irlanda e da Dinamarca (cf. *Consideranda* 82 e 83), e teremos ocasião de aludir, dentro do âmbito temático de que especificamente nos ocuparemos, a algumas da soluções que aí foram sancionadas e que, em alguns casos, se afastam significativamente das actualmente vigentes em Portugal e que foram consagradas na Parte Geral do Código Civil português de 1966.

De qualquer maneira, considere-se desde já que apenas as normas de conflitos de leis contidas no Regulamento têm aplicação universal (art. 20º), pelo que apenas estas terão um significado substancial no tráfico jurídico luso-brasileiro. Pelo contrário, as regras de competência dizem apenas respeito aos Estados-membros (art. 4º e ss.). Por outro lado, o regime de reconhecimento e execução abrange somente as decisões proferidas em matéria de sucessões por um órgão jurisdicional de um Estado-membro [art. 3º, nº 1, alínea "g")] – nos termos do art. 3º, nº 2, o conceito de "órgão jurisdicional" inclui os

Foto: Cesar Duarte

tribunais e as outras autoridades e profissionais do direito competentes em matéria sucessória que exerçam funções jurisdicionais ou ajam no exercício de uma delegação de poderes conferida por um tribunal ou sob o controlo deste, desde que essas outras autoridades e profissionais do direito ofereçam garantias no que respeita à sua imparcialidade e ao direito de todas as partes a serem ouvidas, e desde que as suas decisões nos termos da lei do Estado-membro onde estão estabelecidos possam ser objeto de recurso perante um tribunal ou de controlo por este e tenham força e efeitos equivalentes aos de uma decisão de um tribunal na mesma matéria –, as transações judiciais homologadas por um tribunal ou celebradas perante um tribunal no decurso de uma acção num Estado-membro [art. 3º, nº 1, alínea "h")] ou os actos autênticos, ou seja, os documentos em matéria sucessória que tenham sido formalmente redigidos ou registados como tal em um Estado-membro e cuja autenticidade esteja associada à assinatura e ao conteúdo do acto autêntico, e tenha sido atestada por uma autoridade pública ou outra autoridade habilitada para o efeito pelo Estado-membro de origem [art. 3º, nº 1, alínea "i")].

2. A sucessão testamentária internacional e as exigências normativas que aqui sobressaem. Alusão aos problemas práticos mais frequentes no âmbito do Direito Internacional Privado das sucessões

2.1 Ainda antes de entrarmos no problema específico que aqui nos traz – o reconhecimento e a eficácia de testamentos estrangeiros –, importa elucidar as exigências que se entrecruzam na regulamentação dos fenómenos sucessórios internacionais e cuja "ponderação judiciosa" deverá ser realizada igualmente quando se apreciam os méritos das soluções de Direito Internacional Privado relativas à sucessão testamentária.

a) Primeiramente, destacamos as exigências de tutela da vontade do *de cuius* e que se prendem intimamente com a protecção da propriedade privada e com o direito que a todos é reconhecido de poderem fruir os bens que hajam legalmente adquirido, de os utilizarem, de disporem deles e de os transmitirem em vida ou por morte. Desse ponto de vista, e com particular significado no âmbito da sucessão voluntária, interessa dar efeito à vontade manifestada pelo de *cuius*, o que justificará, desde logo, a assunção de um inequívoco *favor testamenti*.

b) Depois, relevam as exigências de protecção da família e que irradiam tanto na sucessão legítima como na sucessão legitimária. Efetivamente, a quota legitimária constitui um dos limites à autonomia do de *cuius* na disposição *mortis* causa dos seus bens e suscita problemas acrescidos no âmbito das relações internacionais.

c) Em terceiro lugar, são de apontar os interesses estritamente estaduais. Na verdade, a necessidade de tutela dos interesses do Estado desde logo se compreende pela forte ligação do fenómeno sucessório à organização dominial e à actividade tributária do Estado. Assim, basta lembrar que a questão da tributação constitui uma dimensão fundamental da chamada programação patrimonial (antecipação patrimonial) e que através da sucessão *mortis causa* se transmitem ou constituem direitos reais sobre as coisas situadas no território do Estado e a que convém, desde logo, dar publicidade através do registo predial.

d) Por fim, refira-se à tutela da segurança do comércio jurídico local e das expectativas de terceiros (*v.g.* o terceiro que adquire do administrador da herança; o terceiro que paga uma dívida ao administrador da herança).

2.2 Por outro lado, importa igualmente elencar, ainda que de um modo perfeitamente perfunctório, os problemas que mais frequentemente se suscitam na experiência das sucessões internacionais, se bem que alguns deles não sejam até específicos das transmissões *mortis causa* ou não adquiram particulares matizes na sucessão testamentária.

a) A determinação do conteúdo dos regimes materiais sucessórios estrangeiros constitui uma das principais dificuldades práticas, conquanto, na verdade, a questão não assuma particular especificidade no contexto geral do problema da condição do direito estrangeiro e da averiguação do seu conteúdo, tanto mais que defendermos que os notários e os conservadores de registo deverão encontrar-se nesta matéria sujeitos às mesmas regras dispostas para os tribunais. Seja como for, este entendimento, maioritariamente sufragado por aquela que, face ao disposto nos arts. 348º e 23º do Código Civil português, considerávamos ser a melhor doutrina, sofreu recentemente um significativo revés, ao determinar-se no art. 43º A do Código de Registo Predial, aditado pelo DL nº 125/2013, de 30 de agosto, que, quando a viabilidade do pedido de registo deva ser apreciada com base em direito estrangeiro, deverá o interessado fazer prova, mediante documento idóneo, do respectivo conteúdo.

b) Por outro lado, também raras vezes, a determinação dos regimes conflituais estrangeiros se revela uma tarefa fácil, havendo ainda de contar com o provável surgimento de conflitos de sistemas de Direito Internacional Privado (reenvio, princípio da maior proximidade, direitos adquiridos e questões prévias), problemas que nascem da diferença das regras de conflitos de leis internas e que apenas com a sua uniformização tenderão a amenizar-se.

c) Em terceiro lugar, a incerteza sobre a existência de disposições testamentárias pode constituir um significativo embaraço no momento da abertura de uma sucessão, uma vez que um testamento não encontrado equivale, afinal, a um testamento inexistente. Contudo, a existência de um registo central de testamentos tende a obviar a tal problema, sendo até de sublinhar que, através de instrumentos bilaterais ou multilaterais (por exemplo, a *Convenção Europeia sobre o Estabelecimento de Um Sistema de Inscrição dos Testamentos*, aberta à assinatura em Basileia em 16 de maio de 1972), os Estados têm buscado a institucionalização de mecanismos de cooperação jurídica interestadual tendentes a garantir no contexto das relações internacionais a obtenção de informações sobre a existência e o conteúdo de disposições por morte. No contexto europeu, a ARERT (*Associaton du Réseau Européen des Registres Testamentaires*) tem desenvolvido esforços no sentido da divulgação de um mecanismo que possibilite a interconexão informática dos registos de testamentos nacionais, conquanto, na verdade, o *Regulamento (UE) nº 650/2012* não tenha previsto tal sistema de informação com o qual o regime europeu se vaticinou, ainda que, através de um acto adicional, deveria ser provido.

d) Por outro lado, é comum que se coloquem com particular acuidade questões relativas à validade e à eficácia das disposições por morte, aqui radicando desde logo a tradicional tensão entre a autonomia do de *cuius* e a protecção da família legítima, mormente por meio da legítima.

Com efeito, é de todos sobejamente conhecido o facto de imperar em muitos ordenamentos jurídicos um *favor testamenti*, que decorre tanto de uma aplicação alternativa de leis no âmbito da forma externa dos actos de disposição mortis causa (cf. o art. 65º do Código Civil português) como do *favor negotii* a que, no âmbito da substância dos negócios jurídicos que se integram no estatuto pessoal, a igual legitimidade da *lex patriae* e da *lex domicilii* conduz (*vide os arts.* 25º e 31º, nºs 1 e 2, do Código Civil português, ou o art. 24º do Regulamento (UE) nº 650/2012).

Pelo contrário, o problema da legítima e a eventual redução por inoficiosidade das doações e deixas testamentárias suscitam nas relações internacionais perplexidades manifestas. E isso porque existem ordenamentos jurídicos onde a redução por inoficiosidade das deixas testamentárias e das doações, sobretudo se feita *in natura* (cf. 2168º, ss. do Código Civil português), é insustentável do ponto de vista da segurança das transacções, desde logo quanto aos bens dos *trusts* constituídos por testamento. Assim, tal possibilidade é afastada, por exemplo, pelo ordenamento inglês (*clawback*), que igualmente desconhece a legítima, conquanto, na verdade, e o mesmo acontece em caso de divórcio, apesar de pelo casamento não se instituir propriamente um regime de bens, se prevejam na abertura da sucessão *reasonable financial provisons*, tanto para os filhos como para o cônjuge supérstite e que tenderá a receber mais ou menos o correspondente ao que receberia caso o casamento se tivesse dissolvido por divórcio.

No que respeita à liberdade de disposição a título gratuito, é desde logo muito discutível que a ausência de legítima se considere lesiva dos valores fundamentais que integram a excepção de ordem pública internacional portuguesa, tanto mais que em concreto o *officium pietatis* – e onde histórica e materialmente é comum discernir o fundamento da sucessão legitimária – pode não se encontrar inteiramente comprometido pela inexistência de uma quota indisponível. De resto, e como alguma doutrina vem aventando, e para além do preenchimento dos pressupostos gerais da ordem pública internacional, não é seguro que a resposta a este problema deva ser dada independentemente da solução que decorra da *lex familiae*.

e) Refira-se, em quinto lugar, o debate travado à volta da possibilidade (e conveniência) de se efectuar internamente a partilha dos bens (*maxime* imóveis) situados no estrangeiro. Esta constitui, na verdade, uma questão classicamente discutida a propósito dos critérios de atribuição de competência internacional aos tribunais portugueses e que, afinal, radica no problema de saber se o princípio unitário vigente entre nós deverá ceder diante da insusceptibilidade de uma decisão das autoridades públicas internas ou de um acto de partilha cá praticado poder ser reconhecido no país da localização dos bens imóveis.

f) A relevância interna (reconhecimento e eficácia) dos actos de partilha realizados no estrangeiro suscita igualmente problemas vários, tanto mais que, como é sabido, o regime do reconhecimento dos actos praticados no estrangeiro e a produção dos seus efeitos jurídicos dependem internamente, desde logo, da natureza jurídica do concreto facto em causa.

Com efeito, a eficácia (*lato sensu*) de um negócio jurídico decorre entre nós exclusivamente do direito de conflitos; pelo contrário, o reconhecimento e a execução de uma sentença, ou de um acto equiparado, resultam da aplicação do regime comum – nomeadamente, a acção de revisão e confirmação de sentença estrangeira constante do art. 978º ss. do Código de Processo Civil português – ou de algum regime especial relativo ao reconhecimento de actos jurisdicionais estrangeiros (cf. o art. 39º ss. do *Regulamento (UE) nº 650/2012*), embora tal ocorra, uma vez filiados em sistemas de reconhecimento caracteristicamente delibatórios, independentemente do direito de conflitos, ou seja, sem que se controle a lei que haja sido aplicada na decisão (ou acto equiparado) revidenda (revidendo).

Acresce ainda que, e ressalvado o disposto em contrário nas convenções internacionais ou nos regulamentos europeus que vigorem internamente e cujas soluções não nos é possível agora apresentar de um modo detido, se a execução propriamente dita das sentenças estrangeiras carece em Portugal da sua prévia revisão e confirmação (art. 706º, nº 1, Código de Processo Civil), não existe, todavia, tal exigência para os títulos exarados no estrangeiro (art. 706º, nº 2, Código de Processo Civil). Como explicava Ferrer Correia, tal dualidade de regime fundamenta-se no facto de, ao executado, quando a execução se funda num título exarado no estrangeiro, serem dadas maiores garantias – todas as garantias de um processo declaratório – para se poder defender. Na verdade, se à execução fundada em sentença estrangeira já revista e confirmada, como o executado já teve oportunidade de trazer a juízo suas razões, apenas podem ser opostos os fundamentos previstos nos arts. 980º e 983º do Código de Processo Civil, o mesmo já não se passa na execução baseada noutros títulos. Aqui, para além dos fundamentos de oposição à execução baseada em sentença, podem ainda alegar-se quaisquer outros que seria lícito deduzir como defesa no processo de declaração (art. 731º, Código de Processo Civil).

Por outro lado, naquilo que diz respeito à possibilidade de os actos públicos estrangeiros, mormente os não jurisdicionais, constituírem título de registo – e ao contrário daquilo que acontece com os actos não jurisdicionais em matéria de registo civil, como é o caso do casamento, que não carecem de qualquer revisão para titularem o registo –, no registo predial e comercial, face à existência de norma que disponha noutro sentido, tem-se entendido que o registo de um acto estrangeiro deverá ser precedido da prévia revisão e confirmação para que assim possa titular o registo e ter força executiva, aplicando-se para o efeito, e de acordo com Luís de Lima Pinheiro, e por analogia, o regime estatuído no art. 978 ss. do Código de Processo Civil.

Seja como for, o *Regulamento (UE) nº 650/2012* traz nesta matéria precisões importantes, desde logo, no respeitante aos actos autênticos e às transacções judiciais – que não perdem a natureza transaccional ainda que revistam a forma de acto autêntico – e cujo reconhecimento decorre habitualmente do direito de conflitos.

Com efeito, e concluindo-se que o conceito de reconhecimento é nesta sede contestável – desnecessário e até inconveniente –, devendo valer exclusivamente para as decisões – uma vez que nos encontramos face a actos que não produzem, ao contrário das sentenças, o efeito de caso julgado, tanto mais que a intervenção pública não implica um efeito vinculativo quanto à validade e efeitos da ou das manifestações de vontade –, optou-se por afirmar no art. 59º (aceitação dos actos autênticos) apenas que um acto autêntico exarado em um Estado-membro terá em outro Estado-membro a mesma força probatória que tem no Estado-membro de origem, ou efeitos o mais equiparáveis possível, desde que tal não seja manifestamente contrário à ordem pública do Estado-membro em causa. Por outro lado, o art. 60º (Executoriedade dos actos autênticos) sanciona o princípio segundo o qual os actos autênticos com força executória no Estado-membro de origem serão declarados executórios em outro Estado-membro a pedido de qualquer das partes interessadas, de acordo com o procedimento previsto para as decisões (logo, nos

termos dos arts. 45º a 58º), um regime que, aliás, o art. 61º veio ainda alargar às transacções judiciais.

g) No âmbito das sucessões internacionais, colocam-se frequentemente problemas práticos ligados à apresentação de documentos públicos estrangeiros, que muitas vezes, para além de traduzidos, terão de ser legalizados, de modo a que lhes seja reconhecida, desde logo, força probatória. Com efeito, e no tangente a este aspecto, impõe-se assegurar a autenticidade do documento, isto é, que este provém de uma autoridade competente de acordo com o direito do Estado de origem.

Na verdade, assim acontece no processo especial regulado no art. 978º ss. do Código de Processo Civil, uma vez que aí se exige, no leque dos requisitos necessários para a confirmação das sentenças estrangeiras, e tendo em vista a proscrição dos documentos falsos ou inexactos, a verificação do seu carácter autêntico [art, 980º, alínea "a")]. Aliás, como parece óbvio, a autenticidade do documento que incorpora a sentença será aferida de acordo com a lei do tribunal *a quo*, de acordo com o velho princípio *locus regit actum* (cf. o art. 365º, nº 1, Código Civil).

Ora, tais princípios valem quanto à generalidade dos documentos públicos. Assim, por exemplo, se é verdade que a eficácia dos testamentos outorgados no estrangeiro, ou em conformidade com a lei estrangeira, deve depender do direito de conflitos e, por conseguinte, do cumprimento dos requisitos postos pelo ordenamento ou, no caso de diversidade entre o estatuto da sucessão, o estatuto da disposição ou o estatuto da forma das disposições por morte, pelos ordenamentos jurídicos cuja competência haja sido reconhecida pelas normas de conflitos de leis da *lex fori*, convém ainda lembrar que a utilização de documentos exarados no estrangeiro poderá supor, então, sua prévia legalização. Destarte, se os documentos não estiverem legalizados, nos termos da lei processual, e houver dúvidas acerca da sua autenticidade, poderá decorrer, por força do art. 365º, nº 2, do Código Civil, e nos termos do art. 440º do CPC, a necessidade da sua legalização.

Isso, evidentemente, apenas na falta de instrumento convencional ou europeu que simplifique ou suprima a legalização dos actos públicos estrangeiros. Assim, acontece, por exemplo, no âmbito de aplicação da *Convenção da Haia, de 5 de outubro de 1961 relativa à supressão de exigência de legalização dos actos públicos estrangeiros*, texto a que o Brasil não se encontra vinculado, mas que entrou em vigor em Portugal, em 4 de fevereiro de 1969, sendo suficiente entre nós, por isso, a aposição de uma mera *apostila*. Ainda neste contexto, merece ser assinalado o art. 74º do *Regulamento (EU) nº 650/2012*, onde se estatui que não será exigida nem a legalização nem o cumprimento de formalidades análogas para os documentos emitidos por um Estado-membro no âmbito de funcionamento do Regulamento, na senda, aliás, da solução já acolhida no art. 56º do *Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I)*. Aliás, idêntica solução consta do art. 61º do *Regulamento (UE) nº 1.215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I revisto)*, conquanto, todavia, a autenticidade do documento continue a constituir uma condição de reconhecimento ou de declaração de executoriedade das decisões estrangeiras ou dos instrumentos autênticos exarados no estrangeiro [cf. os arts. 37º, nº 1, alínea "a"), 42º, nº 1, alínea "a"), e nº 2, alínea "a"), e 58º, nº 2, do *Regulamento (UE) nº 1.215/2012]*.

h) Por fim, e depois de havermos sugerido, ainda que superficialmente, algumas das intrincadas e múltiplas dimensões práticas que, embora nem sempre facilmente distinguíveis entre si, se podem dizer compor – afinal, num polifórmico e policromático *puzzle* – o amplo problema do valor dos actos jurídicos estrangeiros – ou seja, a questão da relevância jurídica interna dos factos que hajam ocorrido no estrangeiro, que hajam sido praticados por autoridades públicas estrangeiras e/ou cuja força jurígena decorra da aplicação de um ordenamento jurídico estrangeiro –, recordemos ainda o tema da administração dos bens integrados na herança jacente, matéria em que, na verdade, a *Convenção da Haia sobre a administração internacional de heranças* assumiu, como já antes referimos, um relevo modesto devido ao número diminuto dos Estados que se lhe encontram vinculados.

De qualquer forma, o problema da administração da herança é solucionado nos diversos Estados de acordo com modelos bastante diversos – assim, por exemplo, o administrador da herança previsto no art. 2.079º ss. do Código Civil português aparta-se substancialmente do *personal representative*, que, nas jurisdições da *common law* (e na Áustria), e ainda que designado no testamento, tem de ser confirmado judicialmente, designadamente, no caso anglosaxónico, pelo *surrogate court*, que, mediante a *grant of administration*, o aprova para que ele possa administrar o património hereditário – e assume uma inquestionável importância, uma vez que aqui radica, *inter alia,* a questão da determinação da legitimidade do administrador da herança, o que se pode relevar de fundamental importância tanto para a protecção da massa hereditária – logo, das expectativas dos próprios herdeiros – como para a salvaguarda dos interesses dos terceiros-contratantes.

3. Delimitação do objeto da exposição e razão de ordem: reconhecimento e eficácia (execução) de testamentos estrangeiros (realizados no estrangeiro ou submetidos ao direito estrangeiro)

Como é óbvio, não nos dedicaremos de seguida à análise deste mar imenso de problemas, circunscrevendo-nos antes à sucessão testamentária. Na verdade, e mais especificamente, referir-nos-emos somente, do ponto de vista do Direito Internacional Privado que vigora em Portugal ou que em breve passará a vincular, por força da entrada em vigor do *Regulamento (UE) nº 650/2012*, aos requisitos de que dependem a validade e a eficácia dos testamentos, pelo que não mencionaremos especificamente os problemas já indicados e relativos quer à partilha em Portugal de bens situados no estrangeiro quer à partilha realizada no estrangeiro de bens sitos em Portugal. E, da mesma forma que não consideraremos a eficácia em Portugal das partilhas que decorram no estrangeiro, não tratando, por exemplo, da eficácia dos actos notariais de partilha ou das partilhas judiciais, omitiremos igualmente a questão do reconhecimento das decisões estrangeiras que versem sobre a existência, a validade ou a eficácia das disposições testamentárias. Por seu turno, é evidente que teremos em vista fundamentalmente os testamentos exarados no estrangeiro, mas também nada implica que testamentos feitos em Portugal não suscitem – tendo em vista a nacionalidade estrangeira ou a residência no estrangeiro do de *cuius* ou até a localização fora do território português de alguns ou de todos os bens que integram a massa da herança – concursos de normas no espaço e, por isso mesmo, problemas relevantes do ponto de vista do Direito Internacional Privado, designadamente, problemas de escolha de lei.

II

A sucessão testamentária no Direito Internacional Privado português e europeu

4. A validade e a eficácia dos testamentos estrangeiros (*lato sensu*) e o direito de conflitos: caracterização geral do regime conflitual sucessório contido no Código Civil português e principais modificações introduzidas pelo Regulamento (UE) nº 650/2012)

4.1 A validade e a eficácia dos testamentos estrangeiros estão dependentes, no seio dos sistemas fiéis, ao princípio da bilateralidade das normas de conflitos e à semelhança daquilo que acontece com qualquer negócio jurídico, do cumprimento dos requisitos estabelecidos pela lei competente (*a lex causae*). Sendo assim, o seu reconhecimento decorre fundamentalmente do direito de conflitos, conquanto nada impeça, excepcionalmente, como mais tarde diremos, que nos deparemos com normas de aplicação necessária e imediata ou até com normas de Direito Internacional Privado material (*v.g*. o art. 2.223º, Código Civil português).

Por isso, procuraremos apontar as soluções conflituais constantes do Código Civil português e faremos, sempre que se entenda necessário, menção às alterações implicadas nesta matéria pela próxima entrada em vigor do *Regulamento (UE) nº 650/2012*.

4.2 Se quisermos caracterizar em termos muito gerais o regime conflitual sucessório contido no Código Civil português, devemos, desde logo, acentuar a fidelidade ao pensamento segundo o qual as sucessões por morte se integram no estatuto pessoal – afirmando-se, assim, claramente a proeminência dos interesses do de *cuius* e da sua família – e que este deve ser regido *prima facie* pela lei da nacionalidade (cf. os arts. 25º e 31º, nº 1, Código Civil português). Ora, desde logo aqui, e por razões de fundo que não nos é possível por enquanto explicitar, as soluções contidas no *Regulamento (UE) nº 650/2012* são bem diversas: deixando por agora de parte as soluções particulares que valem no âmbito da sucessão voluntária (testamentária ou contratual), a regra consiste na submissão da sucessão à lei do Estado, na qual o de *cuius* tinha a sua residência habitual no momento da morte (art. 21º, nº 1), salvo se, e nos termos do nº 2, a título excepcional, resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, nesse momento, ele tinha uma relação manifestamente mais estreita com um outro Estado (cláusula de excepção). Por outro lado, e com claro prejuízo para a sucessão legitimária, reconhece-se a *electio iuris*, embora com contornos limitados, uma vez que uma pessoa poderá escolher como lei para regular toda a sua sucessão a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento da morte, devendo tal escolha ser feita expressamente em uma declaração que revista a forma de uma disposição *mortis causa* ou resultar dos termos dessa disposição – também nos termos do art. 22º, preceitua-se, ainda, que a validade material de tal *optio legis* será apreciada pela lei escolhida e que qualquer alteração ou revogação da escolha da lei deverá preencher os requisitos formais aplicáveis à alteração ou à revogação de uma disposição por morte. Acresce ainda que, em caso de concurso positivo de nacionalidades, o de *cuius* poderá ter optado pelo ordenamento jurídico de qualquer um dos Estados de que seja nacional no momento em que exerce tal faculdade, solução que não nos merece qualquer surpresa, conquanto, na verdade, sempre se possa fazer o reparo da não efectividade, ou seja, se acuse que a escolha poderá eventualmente recair, afinal, sobre a lei do Estado da nacionalidade com o qual o autor da herança nunca tenha tido uma qualquer ligação.

Por outro lado, existe no Código Civil português um tratamento unitário da sucessão – com efeito, apenas nos termos o art. 17º, nº 3, se assiste na matéria de que tratamos à relevância indirecta da *lex rei sitae*, ordenamento que, para além de ter de se considerar competente, deverá ser simultaneamente indicado pela *lex patriae* –, acompanhando-se, assim, como é habitual referir-se, o princípio romanístico da universalidade.

Tal approche unitária, ou seja, a unidade da sucessão no direito material e no direito de conflitos, corresponde desde logo à consciencialização dos inúmeros problemas a que o fraccionamento do fenómeno sucessório poderá levar. Verdadeiramente, o cerne da questão reside no facto de na transmissão *mortis causa* se entrecruzarem "pontos de vista" de distintas matérias jurídicas – designadamente, do direito das pessoas e da família, do direito dos bens e do direito dos actos e negócios jurídicos –, perfilando-se, por isso, exigências diferenciadas que, para além de não deverem ser individualmente censuradas, acabarão muitas vezes por ser sopesadas de modo divergente. Ora, parece que é precisamente por isso que, no direito de conflitos, alguns Estados preferem determinar o estatuto sucessório com base na situação dos bens, que temos de atender às normas relativas aos negócios jurídicos no domínio das disposições por morte e que, finalmente, podem aparecer delicados problemas de coordenação de estatutos, ou seja, de compatibilização entre, por exemplo, a lex successionis, a *lex familiae* e a *lex rei sitae*.

Seja como for, apesar dessas diversas interferências e ponderações, continuamos a entender que as vantagens da unidade da sucessão ultrapassam largamente os seus inconvenientes, tanto porque se respeita desse modo um tratamento unitário que é igualmente concedido no plano do direito material como, sobretudo, se determina que a devolução de toda a herança se fará segundo as mesmas regras, evitando os problemas de repartição do passivo que maculam os sistemas de fraccionamento e que João Baptista Machado lembrava.

Na verdade, também no contexto do *Regulamento (UE) nº 650/2012*, o âmbito de aplicação da *lex successionis* – ou seja, da lei determinada nos termos dos arts. 21º e 22º – é muito amplo, embora não devamos olvidar estarem previstos alguns casos em que outras leis, embora não sejam a lex successionis, acabam por ser tomadas em conta, designadamente, nos termos do preceituado no art. 27º (validade formal das disposições por morte feitas por escrito), no art. 28º (validade quanto à forma da aceitação ou do repúdio), no art. 30º (aplicação da l*ex rei sitae*), no art. 32º (comoriência) e no art. 33º (direito de apropriação das heranças vagas). Para além disso, o *favor valididatis* determina normas de conflitos especiais para determinarem a

lei aplicável à admissibilidade e à validade material dos pactos sucessórios (art. 25º) e de outras disposições voluntárias *mortis causa* (art. 24º), chegando o legislador europeu inclusivamente a autonomamente qualificar como integrando a matéria da validade material um conjunto variado de questões jurídicas, designadamente, a capacidade do autor da disposição por morte para a fazer, as causas concretas que o proíbem de dispor a favor de determinadas pessoas ou que impedem uma determinada pessoa de receber bens da sucessão do autor da disposição, a admissibilidade de representação na disposição *mortis causa*, a sua interpretação, a fraude, a coação, o erro e quaisquer outros aspectos que se prendam com o consentimento ou a vontade do autor da disposição (art. 26º). Diga-se ainda que, de acordo com o art. 26º, nº 2, do Regulamento, e tendo em vista não raros casos de sucessão de estatutos, a alteração da lei competente não afectará a capacidade do disponente para alterar ou revogar uma disposição, desde que, no momento da sua feitura, e ao abrigo da lei aplicável nos termos dos arts. 24º ou 25º, ele tivesse capacidade para fazer tal disposição por morte (cf. o art. 63º, nº 2, do Código Civil português).

5. O "estatuto da sucessão" e o "estatuto da disposição"

5.1 De acordo com o art. 62º do Código Civil português, a sucessão mortis causa é regida pela lei pessoal do hereditando no momento da morte, critério solidamente defensável, uma vez que fazer corresponder a *lex successionis* à lei pessoal dos herdeiros traria inconvenientes assinaláveis, tanto porque estes poderão ter leis pessoais diferentes – e a sua contemporânea mobilização quebraria certamente a unidade de regulamentação da sucessão – como a qualidade de herdeiro decorre da aplicação do estatuto sucessório, o que nos faria incorrer em um círculo vicioso. Por outro lado, o âmbito de aplicação da lei assim determinada é muito vasto, garantindo-se, também desse modo, o valor do tratamento unitário da sucessão e que já antes lembramos.

a) Na verdade, a *lex successionis* rege, por princípio, todas as questões relativas à abertura, à devolução, à transmissão e à partilha da herança, determinando, designadamente, os factos que originam a abertura da herança (*v.g.* a morte, a morte civil, a entrada para o claustro), o âmbito da sucessão, designadamente os direitos transmissíveis *mortis causa* – embora aqui se deva atender ao estatuto real, pois deverá ser a lex rei sitae a dizer, por exemplo, se um direito de usufruto se extingue pela morte do seu titular –, a capacidade sucessória – dizendo quem poderá adquirir mortis causa (*v.g.* o nascituro) –, as indisponibilidades relativas (cf., na sucessão voluntária, o art. 2.192º ss. do Código Civil português), a composição das classes de sucessíveis e a sua hierarquia, as respetivas quotas hereditárias, os herdeiros legitimários e o montante da legítima, as causas de indignidade sucessória e outros factos de que decorre a exclusão (*v.g.* a separação ou o divórcio), a aceitação e o repúdio da herança, a sua transmissão, os poderes do administrador e do executor, a administração pelos co-herdeiros, a liquidação e partilha (incluindo a obrigação de colação).

b) Afinal, e continuando a seguir a lição de Baptista Machado, o que fica fora do âmbito de aplicação da *lex successionis*?

Em primeiro lugar, note-se que as presunções de morte e de sobrevivência são reguladas pela lei pessoal (*vide* o art. 26º do Código Civil) e não pela lei da sucessão. Aliás, ainda nesta linha, o *Regulamento (UE) nº 650/2012*, e sem prejuízo da regulamentação das questões relativas à capacidade sucessória, à deserdação, à incapacidade por indignidade e à capacidade para dispor *mortis causa* (cf. os arts. 23º, nº 2, e 26º), exclui do seu âmbito de aplicação *ratione materiae*, nos termos do art. 1º, nº 2, alíneas "a", "b", "c" e "d", o estado das pessoas singulares, bem como as relações familiares e as relações que, de acordo com a lei *in casu* aplicável, produzam efeitos análogos, a capacidade jurídica das pessoas singulares e as questões relacionadas com o desaparecimento, a ausência ou a morte presumida de uma pessoa singular. Porém, no que diz respeito aos comorientes, o art. 32º do Regulamento prevê que, sempre que ocorra a morte de duas ou mais pessoas e para cujas sucessões sejam competentes as leis de diferentes Estados e que regulem a situação de forma diferente – ou até não a regulem –, e quando haja incerteza quanto à ordem em que os óbitos ocorreram, nenhuma destas pessoas será chamada à sucessão da outra ou das outras, sancionando-se, por conseguinte, uma presunção de comoriência equivalente à já acolhida nos arts. 26º, nº 2, e 68, nº 2, do Código Civil português.

Por outro, tem sido igualmente defendido que serão de excluir do âmbito sucessório as questões de natureza alimentar, tais como, por exemplo, o apanágio do cônjuge sobrevivo, previsto no art. 2.018º do Código Civil português – assim, embora em uma matéria onde não há unanimidade na nossa doutrina, Baptista Machado –, ou o direito de os filhos nascidos fora do casamento exercerem uma acção de alimentos contra a herança, direito que só existirá, na verdade, como se tem entendido ser necessário advertir, e por um intento de coordenação do estatuto da sucessão e da filiação, se não existir um direito sucessório ou se o progenitor puder dispor livremente de todos os bens.

Em terceiro lugar, e no que respeita à partilha, haverá sempre que ter em conta a *lex rei sitae*, designadamente no tangente à duração da indivisão sucessória, ao direito de pedir a partilha, à licitude das convenções de manutenção da indivisão ou às prescrições que têm em vista evitar o parcelamento fundiário.

Foto: Cesar Duarte

Nuno Ascenção Filho

Em quarto lugar, e em matéria de colação (*vide* o art. 2.104º e ss., Código Civil), interessa não desmerecer que urge igualmente acautelar as expectativas dos donatários. Por essa razão, deverá atender-se a um "estatuto sucessório hipotético", uma vez que deverá caber, pelo menos, à lei pessoal do doador ao tempo da doação determinar os casos em que a colação se presume dispensada ou quem eram os presuntivos herdeiros sujeitos à colação (cf. o art. 2.105º, Código Civil). Sendo assim, se a obrigação do co-herdeiro levar à colação os bens doados ou a fixação do seu valor, decorrem da lei da sucessão, que determina assim a legítima, a necessidade de redução por inoficiosidade e a ordem da redução das disposições inoficiosas, no caso de uma doação *inter vivos* que não é inoficiosa, segundo um suposto (hipotético) estatuto sucessório – a lei pessoal do doador ao tempo da doação –, não deverá proceder-se à sua redução de acordo com o estatuto definitivo.

Por fim, e ainda neste âmbito, é comum acentuar-se que o estatuto sucessório deverá coordenar-se com o estatuto real, pelo menos se a *lex rei sitae* não reconhecer a possibilidade de uma restituição *in natura*.

5.2 Acontece, todavia, que no âmbito da sucessão voluntária, e para além do estatuto sucessório "primário", e cujo sentido acabamos de resumidamente apontar, teremos de considerar o chamado estatuto da disposição, uma vez que o legislador, atendendo à necessidade de tutela das expectativas individuais, manda reger determinados aspectos do comportamento declarativo pela lei do tempo da sua verificação e não, ao contrário daquilo que aconteceria se nos mantivéssemos fiéis ao estrito funcionamento do estatuto da sucessão, pela lei pessoal do de *cuius* no momento da morte.

a) Assim, no caso do testamento, e para além das soluções particulares que vigoram em matéria de forma por força do art. 65º do Código Civil, a capacidade de testar (fazer, modificar ou revogar, expressa ou tacitamente) é regida, nos termos do art. 63º, nº 1º, pela lei pessoal do autor ao tempo da declaração. Aliás, é também a lei pessoal que o autor da herança tenha ao tempo da conduta declarativa que regula a interpretação das respectivas cláusulas e disposições, salvo se houver referência expressa ou implícita a outra lei, a falta e vícios da vontade. Por outro lado, o legislador adoptou inclusivamente uma solução análoga quanto à admissibilidade dos testamentos de mão comum (conjunto ou recíproco), aproveitando o ensejo para resolver deste modo, como se tem escrito na nossa doutrina, uma eventual hesitação na qualificação da proibição de tal instituto, integrando-a na questão da substância do acto (art. 64º, Código Civil). Ainda neste âmbito, o art. 63º, nº 2, do nosso Código Civil, ao procurar fazer face a um problema a que já antes fizemos referência – evitar um possível resultado nefasto do conflito móvel –, prevê que, se o disponente adquirir uma nova lei pessoal após ter feito a disposição, conservará a capacidade necessária para a revogar nos termos da lei anteriormente aplicável. Por fim, e tendo em vista um problema específico de qualificação, e ao contrário do critério adoptado pela Convenção de Haia, de 5 de outubro de 1961, sobre a *lei aplicável* à forma das disposições testamentárias, a lei portuguesa assenta que as exigências da forma especial das disposições por virtude da idade do disponente serão estabelecidas pela lei pessoal do autor ao tempo da declaração (art. 63º, nº 1, *in fine*). Ora, ao invés, nos termos do art. 27º, nº 3, do Regulamento, e indiciando um claro *favor validitatis* – convém não olvidarmos a tradicional aplicação alternativa de leis quanto à forma dos negócios jurídicos –, são consideradas como dizendo respeito à forma todas as normas legais que limitem as formas autorizadas das disposições por morte, tendo em conta a idade, a nacionalidade ou outras características pessoais do testador, assim como as regras que definam as características que devem possuir quaisquer testemunhas exigidas para a validade de uma disposição por morte.

b) De qualquer modo, tem-se entendido que será da competência da lei sucessória fixar a legitimidade para as acções de anulação ou de declaração de nulidade, e os respectivos prazos, uma vez que se afigura ser esse o estatuto que em melhores condições estará para definir quem são os prejudicados pela disposição viciada. E, na mesma linha de pensamento, convirá que seja ainda à luz da *lex successionis* que se aprecie a possibilidade da feitura de um testamento por um representante voluntário – por exemplo, saber se poderá transferir-se em vida o direito de um terceiro designar o seu herdeiro em vida (cf. o art. 2.182º, do Código Civil) –, a licitude das cláusulas que possuam determinado conteúdo e os efeitos da sua invalidade, a liberdade de testar – a admissibilidade da sucessão testamentária e os seus limites, como é o caso, por exemplo, da quota legitimária –, a capacidade para receber por testamento – mormente, as indisponibilidades relativas –, a admissibilidade e o regime da substituição fideicomissária – conquanto a sua eficácia dependa igualmente do estatuto real – e, embora com dúvidas, pois também se poderá configurar um estrito problema de interpretação da vontade do testador, as causas de caducidade do testamento (por exemplo, em caso de divórcio, de nascimento de herdeiro legitimário ou de superveniente celebração de casamento). Da mesma maneira, tem-se ainda acrescentado que, caso um pacto sucessório não seja admitido pela lei da disposição, ele poderá ser convertido em testamento, desde que o estatuto sucessório (actual) admita tal conversão (cf. o art. 946º, nº 2, do Código Civil – e a doação por morte é um pacto sucessório).

Em suma, pode então concluir-se, por isso, que a validade do testamento e das estipulações que o integram ficará em muito pendente, uma vez que a determinação da validade do testamento terá amiúde de ser adiada até ao momento da morte, não decorrendo tal apreciação, por conseguinte, exclusivamente do chamamento do estatuto da disposição.

5.3 Por outro lado, pode dizer-se que, nos termos do *Regulamento (UE) nº 650/2012*, a extensão do âmbito de aplicação da *lex successionis* corresponde *grosso modo* ao amplo leque das matérias que referimos integrarem no regime conflitual interno português, e com o apoio de uma franja muito significativa do nosso pensamento jurídico, o estatuto sucessório.

Com efeito, no contexto das novas regras europeias, e seguindo de perto o elenco estabelecido no art 23º, nº 2, a *lex successionis rege*, desde logo, as causas, o momento e o lugar da abertura da sucessão, a determinação dos beneficiários, das respectivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios – incluindo os direitos sucessórios do cônjuge ou parceiro sobrevivo –, a capacidade sucessória, a deserdação e a incapacidade por indignidade, a transmissão dos bens, direitos e obrigações que compõem a herança aos herdeiros e aos legatários – incluindo as condições e os efeitos da aceitação da sucessão ou do legado ou do seu repúdio –, os poderes dos herdeiros, dos executores testamentários e outros administradores da herança – nomeadamente no que respeita à venda dos bens e ao pagamento dos credores, sem prejuízo dos poderes a que se refere o art. 29º, nºs 2 e 3 –, a responsabilidade pelas dívidas da herança, a quota disponível da herança, a legítima e outras restrições à disposição por morte, bem como as pretensões que pessoas próximas do

falecido possam deduzir contra a herança ou os herdeiros, a colação e a redução das liberalidades, adiantamentos ou legados aquando da determinação das quotas dos diferentes beneficiários e, finalmente, partilha da herança.

6. A forma do testamento e o favor *validitatis*

De acordo com uma vetusta tradição, fundamentalmente orientada pelas exigências do favor *validitatis*, a questão da forma das disposições por morte (incluindo a forma dos pactos sucessórios) beneficia no seio do nosso direito de conflitos de um tratamento autónomo relativamente àquele que é dado à generalidade da matéria sucessória – designadamente, às questões da substância –, razão pela qual pode ocorrer, desde logo, a convalidação de um facto jurídico que seria inválido face à lei aplicável no momento da sua prática, demonstrando-se, desse modo que, por conseguinte, nem sempre lhe será aplicada a lei da disposição.

6.1 Efectivamente, através de conexões alternativas, o legislador estatui que as disposições por morte, bem como a sua revogação ou modificação, serão válidas se corresponderem às prescrições da lei do lugar onde o acto foi celebrado, às da lei pessoal do autor da herança, quer no momento da declaração, quer no momento da morte, ou ainda às prescrições da lei para que remeta a norma de conflitos da lei local (cf. o art. 65º, nº 1, do Código Civil).

Por outro lado, o art. 65º, nº 2, do Código Civil, impõe o cumprimento da exigência da observância de determinada forma que a lei pessoal do autor da herança no momento da declaração exija, ainda que o acto seja praticado no estrangeiro, sob pena de nulidade ou ineficácia, consagrando-se deste modo – na leitura de Baptista Machado –, e com assumido prejuízo do *favor negotii,* uma inequívoca preferência da qualificação substância sobre a qualificação forma. Aliás, dessa maneira, parece que se teve em vista salvaguardar o acatamento de soluções idênticas às do art. 2.223º do Código Civil português e que estatui que o testamento feito por cidadão português em país estrangeiro com observância da lei estrangeira competente só produzirá efeitos em Portugal se tiver sido observada uma forma solene na sua feitura ou aprovação, sendo discutível, desde logo, saber se será nosso dever bastar com uma forma escrita ou se, pelo contrário, o legislador teve em mente uma solução mais exigente, designadamente o necessário cumprimento de uma forma autêntica.

6.2 Ora, quanto a esta matéria, o *Regulamento (UE) nº 650/2012* é igualmente inspirado por um transparente *favor testamenti*, uma vez que uma disposição testamentária feita por escrito será válida se forem cumpridas as formalidades extrínsecas previstas pela lei do Estado onde a disposição foi feita, pela lei do Estado de que o testador era nacional ou onde tinha o seu domicílio ou a sua residência habitual, quer no momento em que a disposição foi feita, quer no momento da morte – para determinar se o testador tinha ou não o seu domicílio em determinado Estado, aplica-se a lei desse Estado (art. 27º, nº 1, *in fine*) –, ou, por fim, caso se trate de um bem imóvel, do Estado onde este se encontre situado (art. 27º).

Acontece, ainda, que este leque de conexões alternativas é também aplicável às disposições mortis causa que alterem ou revoguem manifestações de vontade já antes predispostas, sendo estas, ainda, igualmente válidas quanto à forma se respeitarem uma das leis nos termos da qual, de acordo com o nº 1º do art. 27º, a disposição por morte que foi alterada ou revogada era válida.

Finalmente, e de acordo com o art. 1º, nº 2, alínea "f", a questão da validade formal das disposições por morte feitas oralmente encontra-se fora do âmbito de aplicação do Regulamento, mantendo, por isso, nesses casos, as regras de conflitos internas relativas à forma dos testamentos de inteiro interesse.

7. Os conflitos de sistemas: o reenvio e os direitos adquiridos

Como referimos anteriormente, a circunstância de os ordenamentos conflituais manifestarem entre si diferenças profundas provoca o surgimento de conflitos de sistemas de Direito Internacional Privado. Com efeito, o reenvio e os direitos adquiridos constituem o exemplo mais paradigmático de tais problemas, e o legislador português não deixou de os regular, atendendo especificamente às exigências que perpassam as matérias compreendidas no estatuto pessoal.

Ora, se é certo que não nos cabe aqui proceder a uma análise detida dos institutos em causa, ainda que circunscritos às matérias que integram o estatuto pessoal, como é entre nós o caso das sucessões, a simples convocação das soluções adoptadas pelo Código Civil no âmbito do reenvio (cf. os arts. 17º, nº 2, e 18º, nº 2, do Código Civil) e das situações constituídas no estrangeiro (o art. 31º, nº 2, do Código Civil) é bastante para nos mostrar que o legislador, e reconhecendo afinal a função meramente instrumental das concretas regras de conflitos diante do sistema de Direito Internacional Privado e a tudo aquilo que constitui, na feliz formulação de Baptista "teleologia imanente", não se furtou à tarefa de procurar em concreto a superação de alguns dos problemas emergentes dos conflitos de sistemas, apontando para isso uma circunstanciada consideração das soluções acolhidas pelas normas de conflitos estrangeiras.

Com efeito, embora acolhendo uma posição de princípio segundo a qual a conexão "nacionalidade" constitui a primariamente relevante, nela não se entrincheirou, assentando igualmente que também à *lex domicilii* deve ser reconhecido um justificado valor, pelo que não deverá ser inconsiderada a orientação que sobre a concreta questão esta lei venha a tomar. Em suma, e mesmo considerando que os dois institutos têm funcionamentos diversos ou que nem sempre seremos conduzidos à competência da lei da nacionalidade ou da lei da residência habitual, sempre as soluções acolhidas nesses dois ordenamentos jurídicos adquirirão sobressalência na resolução do concreto problema, revelando-se, também, aqui, não apenas o espírito de abertura que presidiu ao Código Civil de 1966 como a particular preocupação em garantir a unidade e a estabilidade do estatuto pessoal.

7.1 Assim sucede nos termos do art. 31º, nº 2, do Código Civil, ao abrigo do qual, e acolhendo a concepção que sobre o âmbito de aplicação do referido preceito se tem maioritariamente firmado na nossa doutrina, a susceptibilidade de produção de efeitos jurídicos no ordenamento da residência habitual do interessado – ou, a *fortiori ratione*, do país da sua nacionalidade – bastará para que um concreto acto jurídico (geralmente, um negócio jurídico) do domínio do estatuto pessoal venha a ser reconhecido entre nós, mesmo que de acordo com a lei material primariamente competente – a *lex patriae* – tal não fosse viável.

É certo, na verdade, que encontramos um paralelo desígnio de conservação da validade negocial noutras disposições do Código Civil, designadamente no art. 19º, nº 1º, uma vez que a verificação de seus requisitos – ora dos legalmente previstos ora dos doutrinalmente pressupostos – conduz à negação de um reenvio que seria possível à luz dos critérios gerais. Ora, se é exacto que tal mecanismo não funciona exclusivamente nas matérias que compõem o estatuto pessoal – se bem que se nos afigura que deveras terão sido estas que o legislador terá tido primacialmente em vista –, é ainda curioso verificar que a constrição do reenvio por força do princípio do favor negotii convergirá, na matéria que tratamos, e ao abrigo do art. 19º, nº 1º, do Código Civil, na conservação da competência da *lex patriae*. Não obstante, note-se que do art. 31º, nº 2, do Código Civil, não resulta a exclusiva competência da lei da nacionalidade ou da residência habitual, sufragando-se antes o entendimento que serão passíveis de serem reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos que, posto que celebrados ao abrigo de um terceiro ordenamento, possam ser considerados válidos no Estado da residência habitual ou da nacionalidade, mesmo não verificados os pressupostos que na hipótese em causa, e em termos gerais, justificariam a admissibilidade do reenvio.

7.2 Também no âmbito dos conflitos negativos de sistemas, o legislador sentiu a necessidade de introduzir disposições específicas relativamente ao estatuto pessoal e que, é certo que coexistindo com a relevância de outras exigências – convocamos aqui tanto o art. 31º, nº 2, que determinará, nas situações já constituídas, uma limitação à regra estatuída nº art. 17º, no 2, como o art. 17º, nº 3, onde a aplicação da *lex rei sitae*, por força do princípio da maior proximidade, afastará igualmente o preceituado no art. 17º, nº 2 –, se traduziu fundamentalmente na formulação de um conjunto de pressupostos tendentes a dificultar a admissão do reenvio no âmbito do estatuto pessoal – naturalmente, daqui não se exclui a hipótese de aceitação do reenvio, dispensando-se o preenchimento dos pressupostos fixados no art. 17º, nº 1º, nos casos em que exista acordo entre a lex domicilii e a *lex patriae*.

É certo que também aqui, e à semelhança do que acontece no art. 31º, nº 2, nem sempre seremos conduzidos à competência da lei da nacionalidade ou do domicílio, tendo, aliás, a conexão "residência habitual" um relevo diferenciado consoante estejamos perante uma hipótese de transmissão de competências ou de retorno. Aliás, e nos casos em que o preenchimento dos pressupostos estabelecidos pelo art. 17º, nº 2, nos levaria a rejeitar o reenvio, aplicando-se a *lex patriae*, ainda assim, nos casos da tutela e curatela, relações patrimoniais entre os cônjuges, poder paternal, relações entre adoptante e adoptado e sucessão por morte, considerar-se-á aplicável a lei da situação dos bens imóveis se esta se considerar competente e simultaneamente haja sido indicada pela lei nacional (art. 17º, nº 3). De qualquer maneira – e é isso que nos interessa particularmente no percurso que traçamos –, também neste domínio, o Código Civil não foi insensível ao princípio segundo o qual nas matérias compreendidas no estatuto pessoal a residência habitual constitui uma conexão – pelo menos quase – tão relevante como a nacionalidade, não podendo, por isso, ser ignorada.

7.3 A finalizar, refira-se que o *Regulamento (UE) nº 650/2012* traz nesta matéria inovações significativas, o que bem se compreende, se atendermos ao facto de que os problemas relativos aos conflitos de sistemas merecem geralmente no âmbito das experiências de uniformização do Direito Internacional Privado um tratamento diferenciado.

a) *Primo conspectu*, não se denota no texto europeu uma qualquer específica abertura ao reconhecimento das situações constituídas no estrangeiro ao abrigo do ordenamento jurídico não considerado competente pela *lex fori* – pensamos mais propriamente nas hipóteses particulares em que a nossa doutrina aponta existir um problema autónomo de direitos adquiridos.

Verdadeiramente, no contexto da disciplina regulamentar, a consagração do princípio da autonomia da vontade e a generalizada assunção do *favor validitatis*, no âmbito dos conflitos de leis, bem como o reconhecimento automático das decisões, poderiam até *prima facie* afigurar-se bastantes para neutralizar os riscos da relatividade espacial das situações jurídicas individuais. Outrossim, seria até razoável acreditar-se que apenas no contexto do modelo de regulamentação do estatuto pessoal – e mais propriamente das sucessões por morte – adoptado pelo legislador português terá sentido uma solução do género da perfilhada no art. 31º, nº 2, do Código Civil, e onde, como vimos, se encarou o problema dos direitos adquiridos, aceitando a aplicação alternativa da lex patriae e da *lex domicilii*.

Ora, e se seguramente a uniformização das regras de conflitos de leis e de jurisdições dos Estados vinculados ao *Regulamento (UE) nº 650/2012* amenizará os perigos da claudicância no tráfego jurídico-sucessório internacional – para além de reforçar nos sujeitos individuais a previsibilidade quanto à lei aplicável –, e condenando até à obsolescência eventuais normas de teor idêntico ao do art. 31º, nº 2, convém não desmerecer, desde logo, o facto que, por força do princípio da aplicação universal das normas relativas à lei aplicável (art. 20º), poderá ser competente o ordenamento jurídico de um Estado não-membro – e onde não vigorarão, por conseguinte, as normas uniformes europeias relativas aos conflitos de leis em matéria sucessória –, com todos os perigos de desarmonia jurídica que, para já, e independentemente das soluções relativas ao reenvio que já adiante referiremos, no estádio actual de desenvolvimento do direito – marcado afinal por uma indubitável fragmentariedade do processo de codificação internacional –, apenas no universo intra-europeu se prevê poderem ser proscritos. Seja como for, e ainda que assim seja, o facto de podermos discernir, no *common core* dos sistemas conflituais da generalidade dos países, a tendência para uma confessada assimilação de um generalizado *favor testamenti* permite-nos prognosticar com alguma segurança, mesmo nas relações que transcendem o espaço europeu de integração jurídica – o espaço de liberdade, segurança e justiça que antes referimos –, um fluido relacionamento entre os ordenamentos jurídicos, um generoso e crescente reconhecimento dos negócios jurídicos celebrados no estrangeiro, isto é, a provável "liberdade de circulação" transfronteiriça dos testamentos.

b) Por outro lado, também as soluções internas relativas ao reenvio serão afastadas em matéria sucessória, uma vez que o legislador europeu, conquanto se haja afastado da atitude rejeição do reenvio que é habitual nos textos convencionais e regulamentares que estabelecem regimes conflituais uniformes, se pautou no regime dos conflitos negativos de sistemas que estabeleceu por singulares e matizados propósitos.

Efectivamente, de acordo com o art. 34º – embora com excepção dos casos previstos no art. 21º, nº 2 (cláusula de excepção), no art. 22º (escolha de lei), no art. 27º (validade formal das disposições por morte feitas por escrito), no art. 28º, alínea "b"), e no art. 30º (validade formal de aceitação ou repúdio em conformi-

dade com a lei do Estado onde o autor da declaração tenha a sua residência habitual) –, quando se determina a aplicação de um ordenamento jurídico que não se considere competente – logicamente, o ordenamento de um Estado-terceiro – adoptar-se-á uma referência global, isto é, far-se-á um chamamento de todas normas jurídicas que aí vigorem, incluindo as normas de Direito Internacional Privado, conquanto, se verifiquem alternativamente duas circunstâncias.

Em primeiro lugar, aceitar-se-á o reenvio se a referida *lex causae* remeter para a lei de um Estado-membro, o que consiste, na verdade, em um incontestável favor à aplicação da lei dos Estados europeus vinculados ao Regulamento, tanto mais que esta será independente da atitude que o sistema competente por força das regras de conflitos unificadas assuma relativamente aos conflitos negativos de sistemas de Direito Internacional Privado. Assim, podemos dizer tratar-se de uma solução que não se encontra vinculada ao modelo de "reenvio-coordenação" e aos desiderata que o compõem – garantir a uniformidade da lei aplicável e, portanto, prosseguir a harmonia jurídica internacional –, se bem que, precisamente, pelo facto de tecnicamente se poderem configurar aqui tanto situações de retorno como de transmissão de competência, sempre poderíamos ser tentados a repelir a intuitiva acusação de que estariam subjacentes a esta solução do Regulamento subliminares pulsões territorialistas ou lexforistas. Verdadeiramente, há aqui um claro eurocentrismo e até mesmo, se conseguirmos olhar para os sistemas jurídicos dos diferentes Estados europeus como um único bloco civilizacional (cultural e jurídico) – ainda que, de modo a criar um suficiente distanciamento, esbatendo as peculiaridades jurídicas de cada um dos Estados europeus, lançando mão de uma potente lente macro-comparativa, ou seja, recorrendo a uma linguagem preferencialmente pictórica ou artística, preferindo a técnica da aguarela – uma *sui generis* situação de reenvio de primeiro grau (retorno) e que, afinal, um alargado princípio da boa administração da justiça poderá procurar fundamentar. De resto, afigura-se-nos seguro que é até na pressuposição de um corpus iuris transestadual de matriz europeia que se estribam, para além do alento para a unificação das regras de conflitos relativas às sucessões, tanto o conteúdo de muitas das soluções especificamente sancionadas no *Regulamento (UE) nº 650/2012* como o esforço já empreendido de procurar banir, no âmbito das situações jurídicas intraeuropeias, a excepção de ordem pública internacional.

Fora desses casos, atender-se-á igualmente ao juízo conflitual estrangeiro, ou seja, admitir-se-á o reenvio (a *Gesamtverweisung*), sempre que este se traduza no chamamento da lei de outro Estado-terceiro cuja lei se considere competente, aceitando-se, assim, à semelhança do art. 17º, nº 1, do Código Civil português, e tendo em vista uma paralela aspiração de uniformidade da lei aplicável, uma transmissão de competência (*Weiterverweisung*).

8. A não exclusividade da *lex causae* (*o egoísmo estatal*): a excepção de ordem pública internacional e normas de aplicação necessária e imediata

Por outro lado, e ainda que sumariamente, não podemos deixar de lembrar que o direito das pessoas, da família e das sucessões – ou seja, as matérias que entre nós se encontram compreendidas no estatuto pessoal – constituem um domínio privilegiado para manifestação do "egoísmo estatal" a que aludia Frank Vischer.

Na verdade, também por força da invocação da excepção de ordem pública internacional ou da intervenção apriorística de normas materiais do foro enquanto normas de aplicação necessária e imediata se esvazia o âmbito de aplicação da *lex successionis*.

Sendo assim, a *lex causae* não detém uma posição exclusiva na regulamentação das situações privadas internacionais, concorrendo com a afirmação das exigências valorativas fundamentais do ordenamento material do foro, tanto quando se promove a evicção da lei estrangeira competente através da invocação da excepção de ordem pública internacional portuguesa (vide o art. 22º, do Código Civil) como quando se conclui estarmos na presença de disposições cujo respeito é tido como essencial por um Estado, atendendo à necessidade de acautelar o interesse público, designadamente a organização política, social ou económica, razão pela qual se aplicarão dentro do âmbito de aplicação que elas autonomamente definem e independentemente da lei que seria competente por força da regra de conflitos (normas de aplicação necessária e imediata).

Seja como for, pelo menos aparentemente, o *Regulamento (UE) nº 650/2012* não implicará aqui alterações significativas. Com efeito, o seu art. 35º determina que a lei competente por força das regras de conflitos uniformes aí contidas poderá ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-membro do foro. Por outro lado, e se, ao contrário de outros instrumentos europeus relativos aos conflitos de leis, não se prevê em geral a impossibilidade de a *lex causae* comprometer a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro [cf. o art. 9º, nº 2, do *Regulamento (CE) nº 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)*; o art. 16º do *Regulamento (CE) nº 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II)*], confiando-se, pelo menos aparentemente, na suficiência da excepção de ordem pública internacional para tutelar os valores jurídicos fundamentais do foro – aliás, o silêncio do legislador não nos parece determinante, uma vez que entendemos que a prevalência das normas de aplicação imediata do foro não deverá depender da expressa formulação legal de tal princípio –, não podemos, todavia, deixar de mencionar o 30º. Com efeito – aqui se podendo perscrutar tanto a aceitação de uma conexão especial (a *Sonderanknüpfung*, construção, como é sabido, cara a Wilhelm Wengler) para certas normas de aplicação necessária como até laivos do princípio da maior proximidade –, tal preceito dispõe que, se a lei do Estado da localização de determinados bens imóveis, de determinadas empresas ou de outras categorias particulares de bens estabelecer regras especiais que, por razões económicas, familiares ou sociais, imponham restrições quanto à sucessão, ou a afectem no respeitante a esses bens, tais regimes especiais aplicar-se-ão à sucessão na medida em que sejam aplicáveis, segundo a lei daquele Estado, independentemente da *lex successionis*.

Conclusão

Como facilmente parece decorrer da apressada exposição que fizemos, o *Regulamento (UE) nº 650/2012* distancia-se a passos largos do Código Civil, tanto na técnica legislativa utilizada como no conteúdo de parte significativa das soluções aí preceituadas.

Por um lado, merece desde logo uma particular referência a feição extremamente analítica e complexa dos novos critérios conflituais e que estão

longe, na verdade, do laconismo, mas também da elegância da escrita e do rigor técnico-jurídico – *suum cuique tribuere* –, que cunham a formulação das regras que integram a Parte Geral do Código Civil português, de 1966. Desse modo, e não deixando de salvar a concretude das respostas europeias, o carácter imbricado do novo sistema pode até abicar em escusados embaraços de interpretação, designadamente para o cidadão comum, que, diante da opacidade do novo texto – e tal acusação poderia ser certamente dirigida a outros instrumentos do Direito Internacional Privado europeu –, e até com prejuízo do acesso ao direito, se sentirão apartados da *diritta via*, deambulantes por desconhecidos e tortuosos caminhos e mesmo injustamente merecedores das penas e dos trabalhos tão pesados como aqueles que, no inferno e no purgatório, *il Sommo Poeta* – e pensamos na *Divina Commedia* – encontrou.

Seja como for, e deixando para trás épicas e alegóricas, mas certamente escusadas, excogitações, deve dizer que o legislador europeu não deixou de enfrentar algumas das clássicas dificuldades suscitadas pelas sucessões internacionais – designadamente, os problemas implicados pela necessária coordenação dos estatutos – e de que há muito o nosso pensamento jurídico internacional privatístico se apercebeu, tanto no momento da circunscrição do âmbito das distintas categorias normativas que assimilam a matéria jurídica que cada uma das normas de conflitos entende fazer reger por certo ordenamento jurídico, como, também, mais especificamente, em sede de qualificação propriamente dita. É certo que em alguns casos o Regulamento se bastou com a seca exclusão de certas questões jurídicas do seu âmbito de aplicação *ratione materiae*, o que, na verdade, muitas vezes, se revela ser de modesta valia (cf. art. 1º, nº 2); todavia, em outras hipóteses, foi mais longe, ora resolvendo expressamente típicos problemas de qualificação, ora demonstrando uma interessante *ars inveniendi*, consagrando curiosas soluções que, na verdade, também aos juristas mais experientes prometem os pavores que atormentaram Dante Alighieri. Para o comprovarmos, basta que lembremos, por exemplo, o art. 31º (adaptação dos direitos reais) – disposição de que os conservadores do registo predial se abeiram com indisfarçável temor, atendendo à acrescida capacidade juscomparativa exigida pela sua mobilização – e onde se impõe a necessidade de, no caso de alguém invocar um direito real que lhe é reconhecido pela *lex successionis*, embora desconhecido da legislação do Estado onde se reclama a sua titularidade, esse direito dever – se necessário e sempre que isso seja possível – ser acomodado ao direito real equivalente mais próximo que seja consagrado nesse Estado, tendo em conta os objetivos e os interesses do direito real em questão e os efeitos que lhe estão associados.

Seja como for, e ainda que a *mise en oeuvre* do Regulamento prometa seguramente laboriosos esforços e severos escolhos interpretativos – e cujo surgimento o conteúdo particularmente inovador de muitas das soluções permite desde já antecipar –, não podemos deixar de discernir aí o espírito que em muito incitou o legislador civil português de 1966, designadamente o intento de preservação, no âmbito da vida transfronteiriça, da validade e da eficácia dos testamentos e, por conseguinte, a tentativa de fazer respeitar o mais possível a vontade do *de cuius*. ■

Foto: Cesar Duarte

Foto: Cesar Duarte

Lamana Paiva: “Os sistemas de registro servem para criar, modificar, declarar e extinguir direitos no plano da normalidade da vida em sociedade”

A importância do princípio da concentração ou do prédio funcional (“finca funcional”)

// João Pedro Lamana Paiva

Registrador titular do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre/RS e vice-presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC/Minas. Graduado em Direito Registral pela Faculdade de Direito da Universidade Ramón Llull Esade – Barcelona, Espanha. Membro do Comitê Latino-americano de Consulta Registral, desde 1986. Diretor institucional da Anoreg/BR. Professor na disciplina de Registros Públicos nas Escolas Superiores da Magistratura (Ajuris) e do Ministério Público (ESMP) e em diversos cursos de especialização em Direito Notarial e Registral.

O Sistema Registral Brasileiro é de natureza mista, podendo ser:

- Constitutivo: cria um direito e gera a ficção de conhecimento para o Brasil e o Mundo. O efeito é constitutivo em relação aos atos de oneração e às transmissões *inter vivos*.
- Declarativo: limita-se a declarar a existência de um direito preexistente. O efeito é declarativo também nas aquisições originárias e *causa mortis*, bem como nos títulos de divisão, judiciais ou extrajudiciais.

1. Introdução

Os sistemas de registros servem para criar, modificar, declarar e extinguir direitos no plano da normalidade da vida em sociedade. Assim como o juiz atua visando a restabelecer a ordem quando rompida, criando, modificando, extinguindo e declarando direitos, o registrador e os demais agentes/órgãos de registros atuam na vida normal da sociedade com os mesmos propósitos.

2. Segurança jurídica do sistema

O Sistema Registral Brasileiro admitiu a presunção relativa (*juris tantum*) de verdade ao ato registral, o qual, até prova em contrário, atribui eficácia jurídica e validade perante terceiros (art. 252 da Lei nº 6.015/1973 e art. 1.245 e seguintes do Código Civil).

3. O Registro de Imóveis e o princípio da concentração

Medel, ao conceituar o registro de propriedade, prescreve que:

> O Registro da propriedade é aquele serviço de caráter essencial e jurídico, que tem por finalidade a publicidade de terminadas situações jurídicas, por meio da inscrição, obrigatória ou constitutiva, dos direitos reais, como regra geral, sobre imóveis, em atenção à segurança jurídica do tráfego imobiliário, da qual é destinatária a própria sociedade, uma vez que satisfaz o interesse particular dos indivíduos, estando a cargo de alguns funcionários públicos, técnicos em Direito, com faculdades de índole jurisprudencial para fins, por meio da qualificação, da justiça registral.[1]

Para falar em segurança jurídica no tráfego imobiliário, é necessário também mencionar o instrumento utilizado para desempenhar tal encargo: a publicidade.

Dar publicidade no sentido técnico jurídico significa tornar cognoscível a todos determinada situação jurídica para tutela dos direitos; é o revés da clandestinidade.

A publicação é essencial instrumento para prevenir fraudes e a boa-fé de terceiros, evitando as transmissões fraudulentas e assegurando ao proprietário do imóvel as vantagens econômicas derivadas da certeza do domínio.

3.1 Princípio da concentração

Não se pode perder de vista que, tornando pública a situação jurídica dos imóveis, os órgãos registrais fornecem àquelas situações dominiais aparentes segurança de que os dados que constam destes órgãos coincidem com a realidade.

O Sistema Brasileiro atribui à publicidade registral efeito erga omnes, justamente pelo fato da presunção de que todos têm conhecimento da relação jurídica, uma vez que esta relação jurídica ingressa no Registro Imobiliário.[2]

O terceiro adquirente procura na instituição registral a eliminação dos riscos, no que diz respeito à verdadeira situação jurídica das propriedades territoriais.

3.1.2 O sistema da Lei nº 6.015/1973

A Lei nº 6.015, desde sua vigência, a partir de 1976, instituiu o sistema de matrícula (fólio real) para os imóveis em todo o país, abandonando o sistema de inscrições e transcrições vigente até então.

3.1.3 A matrícula imobiliária

A matriculação dos imóveis fez com que o Sistema Registral Imobiliário Brasileiro fosse modernizado já que origina um histórico completo relativo aos imóveis, formando um verdadeiro "curriculum vitae" de cada unidade imobiliária.

3.2 No Rio Grande do Sul, há a possibilidade de se fazer constar o desenho gráfico do imóvel no fólio real

Figura 1 – Fólio real

SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS
REGISTRO DE IMÓVEIS
COMARCA DE SAPUCAIA DO SUL — RS
LIVRO Nº 2 — REGISTRO GERAL
Sapucaia do Sul, 24 de fevereiro de
IMÓVEL - TERRENO URBANO constituído de parte do lote número oito (P-8) e do lote número dez (10) quadra número seis (6) da planta do loteamento denominado de "Vila Santa Terezinha", que no mapeamento geral corresponde ao lote número nove (9) da quadra número quinze (15) do setor 04GBS, de forma retangular, com a área superficial de trezentos e noventa metros quadrados (390,00m²), situado na Rua Do Estádio, lado ÍMPAR, Centro, nesta cidade, distante a face leste, trinta e três metros (33,00m) de esquina formada com a Rua Rui Barbosa, com as seguintes dimensões e confrontações: AO NORTE, na extensão de treze (13,00m), com o lote número nove (9), de propriedade de Fulano de Tal ..... e com parte do lote número sete (P-7), de propriedade de Beltrano ..... ; AO SUL, na mesma extensão, com o alinhamento da Rua Do Estádio, onde faz frente; AO LESTE, na extensão de trinta metros (30,00m), com parte restante do lote número oito (8), parte de propriedade de Ciclano ..... e parte de propriedade de ..... ; e AO OESTE, na mesma extensão, com o lote número doze (12), de propriedade de .....
PLANTA DE SITUAÇÃO
QUARTEIRÃO - O quarteirão é formado pelas Ruas Do Estádio, Rui Barbosa, Rolante e João Celestino da Silva.
PROPRIETÁRIOS - FULANO DE TAL ....., empresário, com RG sob o número ....., expedida pela SSP/RS, em 15/09/1990, filho de ..... e de ..... e com CPF/MF sob o número ..... e sua esposa BELTRANA ....., do lar, com RG sob o número ....., expedida pela SSP/RS, em 25/01/1984, filha de

[1] MONTES, Angel Cristóbal. *Direito Imobiliário Registral*. Tradução de Francisco Tost. Porto Alegre: IRIB/Sérgio Antonio Fabris Editor (safE), 2005, p. 167.
[2] RICHTER, Luiz Egon. Princípio de Inscrição: considerações gerais. *In*: *Revista de Direito Imobiliário*, n. 318, ano 27, set./out. de 2004, p. 4.

3.3 Origens e desenvolvimento do princípio da concentração

3.3.1 O Registro de Imóveis e o princípio da concentração

Publicidade (ficção de conhecimento).
Inscrição.
Prioridade.
Concentração.

A doutrina afirma comumente que a função primordial do Sistema Registral é a de dar segurança jurídica ao tráfego imobiliário.

Origem doutrinária do princípio

O denominado "princípio da concentração" surgiu na doutrina registral imobiliária como construção resultante dos estudos realizados por Décio Antônio Erpen (desembargador aposentado do TJ/RS) e João Pedro Lamana Paiva (registrador imobiliário no RS), com a adesão do registrador de imóveis gaúcho Mario Pazutti Mezzari.

No Brasil, já no ano de 2000, por ocasião do *XXVII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*, em Vitória (ES), foi apresentado o trabalho "A autonomia registral e o princípio da concentração", publicado posteriormente no livro *Registro de imóveis:* estudos de direito registral imobiliário, edição de Sérgio Fabris Editor, em 2002, sob a coordenação de Sérgio Jacomino (do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB).

O princípio no exterior

No exterior, foi apresentado pioneiramente, por seus idealizadores, por ocasião da *2ª Jornada Ibero-americana de Direito Registral*, ocorrida em Havana (Cuba), no ano de 2001, quando recebeu atenção especial entre as conclusões daquele conclave.

Origem doutrinária do princípio

Esse tema mereceu destaque na Relatoria final, onde se fez consignar a seguinte passagem:

> Estudiar la propuesta del Delegado Brasileño con relación al principio de la Concentración de los Actos Administrativos y Judiciales de manera estén contenidos en el Folio Real a fin de poseer una verdadera historia de la finca.

Desenvolvimento do princípio

Em 2004, sob a forma de um artigo intitulado "Princípio do Registro Imobiliário formal", foi desenvolvido no livro Introdução ao Direito Notarial e Registral, o qual também foi publicado pela editora Sérgio Fabris, de Porto Alegre.

Posteriormente a isso, sua divulgação tem sido ampla em artigos de doutrina, conferências, palestras e aulas em cursos de Direito Notarial e Registral, fazendo com que, pela consistência de suas ideias inspiradoras, passasse a ser disseminado no meio jurídico em todo o país.

Referências na doutrina

Na atualidade, o princípio da concentração já é referido amplamente na doutrina brasileira de Direito Registral e Imobiliário, podendo serem citados, dentre outros autores:

MELO, Marcelo Augusto Santana (com outros autores). *Registro de Imóveis e Meio Ambiente*. (Série direito registral e notarial/coordenação Sérgio Jacomino). Saraiva, 2010, p. 38.

MEZZARI, Mario Pazutti. *União estável*; *questões instrumentais e registrárias*, p. 3. Disponível em: <http://www.colegioregistralrs.org.br/doutrinas/>.

PASSARELI, Luciano Lopes. *O princípio da boa-fé registral*: necessidade de sua adoção para as incorporações e loteamentos. Monografia que recebeu distinção no II Prêmio Abecip de Monografia em Crédito Imobiliário e Poupança. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/>.

PASSOS, Tatiana. *Registro de Imóveis para profissionais do direito*. 2ª ed. Editora Russel, 2008, p. 404.

STIFELMAN, Anelise Grehs. *O Registro de Imóveis e a tutela do meio ambiente*. Disponível em: <http://www.colegioregistralrs.org.br/doutrinas/AneliseGrehsStifelmano_RITutelaMeioAmbiente.pdf>.

O princípio na jurisprudência

Já começam a surgir julgados, especialmente no TJ/RS, reconhecendo a aplicação do princípio da concentração registral:

- EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AVERBAÇÃO DE DEMANDA JUDICIAL PENDENTE. É medida que visa a dar publicidade, respaldada no princípio da concentração, que empresta eficácia aos registros contidos na matrícula do imóvel. AGRAVO NEGADO. (Agravo de Instrumento nº 70006893515, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Alzir Felippe Schmitz, julgado em 11/11/2003).

- EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO. AVERBAÇÃO DA LIDE NO REGISTRO IMOBILIÁRIO DE DEMANDA JUDICIAL PENDENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (ART. 273 CPC). AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. INDEFERIMENTO. Admite-se a averbação da lide no Registro Imobiliário, visando a dar publicidade, respaldada no princípio da concentração, que empresta eficácia aos registros contidos na matrícula do imóvel. A presença da verossimilhança da alegação, atestada por prova inequívoca, e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, inc. I, do CPC) são pressupostos que devem estar presentes para a concessão de tutela antecipada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 70030685432, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: André Luiz Planella Villarinho, julgado em 30/9/2009).

4. Visão do TRF da 4ª Região

Em um documento intitulado "Meio Ambiente, reserva legal e o princípio da publicidade", elaborado como texto-base para o *Seminário sobre Georreferenciamento e o Registro de Imóveis*, promovido pelo IRIB, em 2004, o TRF/4ª, mesmo reconhecendo que sua jurisprudência não admite, em muitas situações, a plenitude do princípio da concentração, faz referência à essência desse instituto de Direito Registral e reconhece sua importância, propugnando pelo alargamento da visão sobre as novas funções dos registradores na atualidade.

Inserção do princípio na CNNR-RS

Conforme reconhece Mário Mezzari (op. cit., p. 3), o princípio da concentração também foi inserido na Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do RS, ainda que não citado expressamente no rol de princípios de seu art. 315, por ter, em seu contexto, "admitido como averbáveis várias situações jurídicas que a doutrina clássica negava acesso ao registro imobiliário".

5. Noção, fundamento e alcance do princípio da concentração

Noção

O princípio da publicidade apregoa que o conhecimento amplo dado ao ato registral, tão logo ele seja editado, faz com que se torne oponível aos interesses das demais pessoas, materializando-se por meio da respectiva certidão.

O princípio da concentração é um corolário importante do princípio da publicidade, porque vai definir qual é o conteúdo de atos registrais passíveis de figurarem na matrícula do imóvel de modo que possam ser publicizados e opostos a terceiros a partir da respectiva certidão.

5.1 Publicidade x Clandestinidade

O direito só protege aquilo a que é dado conhecer.

O conhecimento público se dá por meio dos órgãos de registros públicos, que incluem outros além do Registro de Imóveis, porque quando a sociedade compreender a importância dos registros passará a dar mais importância ao Registro de Imóveis.

Súmulas números 375 e 435 do STJ.

Fundamento

O princípio da concentração fundamenta-se em que a matrícula (fólio real ou álbum imobiliário) deve ser tão completa de informações quanto possível, de forma que dispense diligências a outras fontes de informação relativas ao imóvel, fazendo com que essa fonte única de informação seja sinônimo de segurança jurídica.

Conflito originador do princípio

Esse princípio nasceu a partir da discussão doutrinária acerca de serem ou não exaustivos os atos e os títulos passíveis de registro/averbação enumerados no art. 167 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), relativamente às hipóteses registrais que admitem ingresso no álbum imobiliário.

Alcance do princípio

Assim, nenhum fato jurígeno ou ato jurídico que diga respeito à situação jurídica do imóvel ou às mutações subjetivas que possa vir a sofrer pode ficar indiferente ao registro/averbação na matrícula.

A questão legislativa

Francisco José Rezende dos Santos ("O princípio da concentração no registro de imóveis", Revista do SFI nº 33, Abecip: 2011, p. 40) julga importante o princípio da concentração, asseverando que este consiste em que os fatos que possam produzir efeitos no imóvel, em relação a seus proprietários ou ao registro, devem ser lançados na matrícula sob pena de não serem levados em consideração pelo Mundo Jurídico. Entretanto, falta dar dimensão a tal ato de obrigatoriedade e certeza jurídica para que seja absoluto e imperativo. Considera que isso, porém, só será possível a partir do momento em que se edite uma modificação legislativa que reconheça, com força cogente, que os negócios jurídicos celebrados com base em informações advindas do Registro Imobiliário estejam protegidos pelo princípio da boa-fé, de modo a atestar, suficientemente, tanto a titularidade da propriedade quanto os ônus, encargos ou gravames incidentes sobre o imóvel, promovendo, igualmente, economia aos negócios imobiliários.

Dos atos a incluir na matrícula

Dessa forma, devem ser incluídos na matrícula imobiliária para que esta cumpra sua finalidade de repositório único de informações sobre o imóvel:

Dos atos translativos da propriedade

- As instituições de direitos reais;
- Os atos judiciais e administrativos;
- Os atos de outra natureza que digam respeito à situação jurídica em que o imóvel se encontra.

Dos atos em espécie (passíveis de lançamento na matrícula)

- Os atos judiciais que restringem a propriedade.
- Os atos judiciais constritivos (penhoras, arrestos, sequestros, embargos), ainda que acautelatórios).
- As declarações judiciais de indisponibilidade.
- As ações pessoais reipersecutórias e as reais.
- Os decretos de utilidade pública.
- As imissões nas expropriações.
- Os decretos de falência.
- Os tombamentos.
- Os comodatos.
- As servidões administrativas.
- Os protestos contra a alienação de bens.
- Os arrendamentos e as parcerias.

6. Tendência de ampliação da abrangência do princípio da concentração

Situações da legislação já existente

Muitas situações previstas na legislação extravagante, já existente em matéria de registros públicos, têm feito com que se firme cada vez mais o princípio da concentração e se amplie a razoabilidade da ideia de que a concentração na matrícula é a melhor forma de se obter informação rápida e precisa sobre o imóvel.

Algumas situações concretas

Alguns exemplos de que as situações previstas no art. 167 da LRP não constituem rol exaustivo:

Foto: Cesar Diarte

- transferência ou caução do direito de participação sobre a lavra pelo proprietário da terra minerada (art. 12 do Decreto-Lei nº 227/1967) só oponível contra terceiros depois da inscrição no RI;
- emissão de debêntures pela SA (art. 98, § 2º, da Lei nº 6.404/1976) condicionada ao registro da escritura de emissão no RI de sua sede;
- o gravame de perpetuidade de florestas (art. 21, § 1º, da Lei nº 9.985/2000) por termo de compromisso perante o órgão ambiental, averbado no RI.

Ampliação do princípio

O surgimento de novas leis, que espelham o aspecto cada vez mais dinâmico e complexo da sociedade moderna, põem em relevo outras tantas situações que passam a exigir o lançamento das respectivas informações na matrícula do imóvel como fonte única de publicidade a seu respeito e como sinônimo de certeza na obtenção de segurança jurídica em relação à propriedade imobiliária e aos negócios que envolve.

Outras situações atuais

Cresce o número de situações cujo mais adequado meio de publicidade é sua inserção na matrícula, ressaltando a importância do princípio da concentração, tais como:

- o confisco de áreas utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas, por sentenças criminais;
- as questões ambientais que têm gerado necessidade de obter informação adequada:
- o registro dos passivos ambientais criados sobre os imóveis (aterros sanitários, aterros industriais, áreas contaminadas), assim como os inventários de áreas de preservação permanente, de reserva florestal legal, de florestas plantadas, de recursos hídricos existentes e a instituição de reservas ambientais públicas e privadas, bem como os termos de ajustamentos de condutas celebrados entre o Ministério Público e as Pessoas Naturais e/ou Jurídicas.

O Projeto de Lei nº 5.708/2013

O princípio da concentração é tão importante e já está de tal forma consagrado no âmbito do Direito Registral Imobiliário que a legislação registral está sendo objeto de profundas propostas de alterações no sentido de explicitar sua importância, seu alcance e as consequências legais de sua adoção.

Essa realidade é espelhada pelo que se contém no Projeto de Lei nº5.708/2013.

O princípio da concentração e a segurança jurídica

Assim, o aperfeiçoamento da legislação registral provocará uma ampliação da força do princípio da concentração.

Se a lei vier a estabelecer uma presunção absoluta de conhecimento por parte de terceiros quanto aos direitos inseridos na matrícula, a força probatória da certidão de matrícula será bastante aumentada.

Essa autossuficiência da matrícula significará ampliação de segurança jurídica aos negócios imobiliários.

A consagração do princípio da concentração

Como podemos ver, nada, absolutamente nada, relativo ao imóvel, deve ficar alheio à indicação na matrícula: esse é o princípio da concentração, que reconhece no Registro de Imóveis a força atrativa de todos os fatos relevantes aos bens imóveis, servindo como um ímã aos títulos que interessam juridicamente à sociedade.

7. Projeto de Lei nº 5.708/2013 – atualmente em tramitação no Congresso Nacional

Segurança jurídica

O presente projeto de lei está preocupado, principalmente em prover segurança jurídica aos negócios imobiliários, ao dispor:

> Art. 1º Esta Lei estabelece mecanismos de proteção aos adquirentes e recebedores de direitos reais de garantia que celebrem negócios jurídicos com base nas informações contidas nos assentos de registros de imóveis e dá outras providências.

Alcance legal do princípio

O Projeto de Lei nº 5.708/2013 procura deixar claro o real alcance do princípio da concentração, conforme sintetizam as disposições de seu art. 2º:

> Os atos constantes na matrícula do Registro de Imóveis são considerados suficientes para atestar a titularidade e os gravames que recaiam sobre o bem imóvel, ressalvadas as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Consequências legais

Também procura deixar claras as reais consequências da adoção do princípio da concentração:

> Art. 3º Não são passíveis de evicção os adquirentes que celebrem negócios jurídicos com base nos assentos dos Registros de Imóveis nos quais não constem a existência de:
>
> I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;
>
> II – averbação, mediante decisão judicial, do ajuizamento de ação de execução ou fase de cumprimento de sentença, nos termos do art. 615-A do Código de Processo Civil;
>
> III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou outros ônus quando previstos em lei; e
>
> IV – averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do art. 593, inciso II, da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Os incisos do art. 3º ajudam a explicitar as consequências da adoção do princípio:

- § 1º Não serão prejudicados os titulares de direitos reais de garantia que celebrarem negócios jurídicos com base nos assentos dos Registros de Imóveis dos quais não constem registros ou averbações mencionados nos incisos do caput.
- § 2º Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvado o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.
- § 3º O adquirente ou recebedor de garantia real sobre o imóvel não poderá alegar desconhecimento de atos constantes na matrícula do Registro de Imóvel, quando de sua aquisição ou recebimento em garantia, como fundamento para exclusão de sua responsabilidade sobre o efeito de tais atos. ■

Foto: Riotur Alexandre Macieira

Fotos: Cesar Duarte

Vista aérea de São Conrado | Rio de Janeiro - RJ